



**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Part 1, 2019 Vol. 3

1^{er} cahier, 2019 Vol. 3

Cited as [2019] 3 S.C.R. 3-294

Renvoi [2019] 3 R.C.S. 3-294

Published pursuant to the Supreme Court Act by / Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

ROGER BILODEAU, Q.C. / c.r.
The Registrar, Supreme Court of Canada / Registraire de la Cour suprême du Canada

Deputy Registrar / Registraire adjoint
J. DAVID POWER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
GENEVIÈVE DOMEY

Senior Counsel / Avocate-conseil
RENÉE MARIA TREMBLAY

Legal Counsel / Conseillers juridiques

ÉLOÏSE BENOIT
AUDREY-ANNE BERGERON
VALERIE DESJARLAIS
ANNE DES ORMEAUX
ANDRÉ GOLDENBERG
LEE ANN GORMAN

LAUREN KOSHURBA
KAREN LEVASSEUR
CRAIG MRACEK
JOANNE NORMAN
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
ANDREA SUURLAND
LESLIE TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
DIANE THERRIEN
LESLIE-ANNE WOOD

Chief, Jurilinguistic Services / Chef du service jurilinguistique
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

DAVID AUBRY
STEPHEN BALOGH

Jurilinguists / Jurilinguistes
MARIE-CHRISTIANE BOUCHER
JULIE BOULANGER

AUDRA POIRIER
MARIE RODRIGUE

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
PETER O'DOHERTY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
MARC-ANDRÉ ALAIN
SUZANNE AUDET

MARYAM ARZANI
GENEVIÈVE MARTIN-LAFLEUR

Administrative Assistants / Adjoints administratifs
SÉBASTIEN GAGNÉ
MANON PLOUFFE

Changes of address for subscriptions to the Supreme Court Reports should be referred to Library, Supreme Court of Canada, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 0J1, together with the old address.

Les abonnés du Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada doivent signaler tout changement d'adresse à Bibliothèque, Cour suprême du Canada, Ottawa (Ontario) Canada, K1A 0J1, en indiquant l'ancienne adresse.

**Canada
Supreme Court
Reports**

**Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada**

Volume 3, 2019

3^e volume, 2019

CONTENTS

R. v. Goldfinch 3

Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with sexual assault — Accused seeking to introduce evidence that he and complainant were in sexual relationship at time of alleged assault — Trial judge admitting evidence and giving mid-trial and final limiting instructions to jury on use it could make of it — Accused acquitted — Whether sexual relationship evidence admissible — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.

R. v. Penunsi 91

Criminal law — Sureties to keep the peace — Application of arrest and judicial interim release provisions — Information laid against defendant under peace bond provisions of Criminal Code on basis of reasonable grounds to fear he would commit serious personal injury offence — Crown's request to show cause why defendant ought to be detained or required to abide by certain conditions pending hearing on Information denied by provincial court judge — Whether judge can compel appearance of defendant to Information — Whether power of arrest and judicial interim release provisions of Criminal Code apply to peace bond proceedings — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 810.2.

R. v. Stillman 144

Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by jury — Military exception — Armed forces — Military offences — Accused charged with offences under s. 130(1)(a) of National Defence Act, which transforms criminal and other federal offences into service offences triable by military justice system — Accused denied jury trial based on military exception to constitutional right to trial by jury for offences where maximum punishment is imprisonment for five years or more — Whether s. 130(1)(a) of National Defence Act is inconsistent with constitutional right to trial by jury in its application to serious civil offences — Whether service offence tried under s. 130(1)(a) engages military exception such that right to trial by jury may be denied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f) — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130(1)(a).

Continued on next page

SOMMAIRE

R. c. Goldfinch 3

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Activité sexuelle de la plaignante — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Demande de l'accusé en vue de présenter une preuve que la plaignante et lui entretenaient une relation à caractère sexuel au moment de l'agression reprochée — Admission de la preuve par la juge du procès et directives restrictives données au jury par celle-ci au cours et à la fin du procès concernant l'utilisation qu'il pouvait en faire — Accusé acquitté — La preuve de la relation à caractère sexuel était-elle admissible? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276.

R. c. Penunsi 91

Droit criminel — Engagements de ne pas troubler l'ordre public — Application des dispositions relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire — Dépôt d'une dénonciation contre le défendeur en vertu des dispositions du Code criminel relatives aux engagements de ne pas troubler l'ordre public sur le fondement de motifs raisonnables de craindre que ce dernier inflige des sévices graves à autrui — Demande du ministère public visant à justifier que le défendeur devait être détenu ou contraint de respecter certaines conditions en attendant la tenue de l'audience relative à la dénonciation refusée par un juge de la cour provinciale — Un juge peut-il contraindre le défendeur à une dénonciation à comparaître? — Les dispositions du Code criminel relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquent-elles aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 810.2.

R. c. Stillman 144

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès avec jury — Exception militaire — Forces armées — Infractions militaires — Accusés inculpés d'infractions visées à l'art. 130(1)a) de la Loi sur la défense nationale, qui transforme les infractions criminelles et autres infractions fédérales en infractions d'ordre militaire susceptibles d'être jugées par le système de justice militaire — Accusés privés d'un procès avec jury en raison de l'exception militaire au droit constitutionnel à un procès avec jury relativement aux infractions pour lesquelles la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus — L'article 130(1)a) de la Loi sur la défense nationale est-il incompatible avec le droit constitutionnel à un procès avec jury dans son application aux infractions civiles graves? — Une infraction d'ordre militaire jugée en vertu de l'art. 130(1)a) entraîne-t-elle l'application de l'exception militaire de sorte qu'il peut y avoir déni du droit à un procès avec jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f) — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 130(1)a).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. R.V. 237

Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with sexual assault and sexual interference — Crown introducing evidence of complainant's sexual activity — Accused's application to challenge Crown's evidence by cross-examining complainant dismissed — Accused convicted — Whether accused was entitled to cross-examine complainant on Crown-led evidence relative to her sexual activity — If so, whether curative proviso should be applied — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Continuation of proceedings — Application judge dismissing application by accused to cross-examine complainant on Crown-led evidence of complainant's sexual activity — Proceedings continued before different judge — Trial judge refusing to rehear accused's application — Whether trial judge had jurisdiction to reconsider application — Whether material change in circumstances warranted reconsideration of application — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 669.2.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. R.V. 237

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Comportement sexuel de la plaignante — Accusé inculpé d'agression sexuelle et de contacts sexuels — Preuve d'une activité sexuelle de la plaignante présentée par le ministère public — Rejet de la demande de l'accusé pour contester la preuve à charge en contre-interrogeant la plaignante — Accusé déclaré coupable — L'accusé avait-il le droit de contre-interroger la plaignante relativement à la preuve présentée par le ministère public sur son activité sexuelle? — Si oui, la disposition réparatrice devrait-elle être appliquée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276, 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Procès — Continuation des procédures — Rejet de la demande de l'accusé pour contre-interroger la plaignante sur la preuve à charge relative à son activité sexuelle par la juge saisie de la demande — Continuation des procédures devant un autre juge — Refus par le juge du procès de réentendre la demande de l'accusé — Le juge du procès avait-il compétence pour réexaminer la demande? — Un changement important de circonstances justifiait-il le réexamen de la demande? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 669.2.

Patrick John Goldfinch *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario and Criminal Lawyers' Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. GOLDFINCH

2019 SCC 38

File No.: 38270.

2019: January 16; 2019: June 28.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with sexual assault — Accused seeking to introduce evidence that he and complainant were in sexual relationship at time of alleged assault — Trial judge admitting evidence and giving mid-trial and final limiting instructions to jury on use it could make of it — Accused acquitted — Whether sexual relationship evidence admissible — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.

The accused was charged with sexually assaulting a woman he had dated and lived with. The two remained friends and the complainant would occasionally come to the accused's house and stay overnight. At trial, the accused requested a *voir dire* to determine if evidence that he and the complainant were in a sexual relationship — “friends with benefits” — at the time of the alleged assault was admissible under s. 276 of the *Criminal Code*. He argued that the sexual nature of the relationship provided important context without which the jury would be left with the artificial impression that he and the complainant had a platonic relationship. The accused also advanced that he did not intend to rely on this evidence to support the twin-myth inferences that the complainant was more

Patrick John Goldfinch *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureure générale de l'Ontario et Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : R. c. GOLDFINCH

2019 CSC 38

N° du greffe : 38270.

2019 : 16 janvier; 2019 : 28 juin.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Activité sexuelle de la plaignante — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Demande de l'accusé en vue de présenter une preuve que la plaignante et lui entretenaient une relation à caractère sexuel au moment de l'agression reprochée — Admission de la preuve par la juge du procès et directives restrictives données au jury par celle-ci au cours et à la fin du procès concernant l'utilisation qu'il pouvait en faire — Accusé acquitté — La preuve de la relation à caractère sexuel était-elle admissible? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276.

L'accusé a été inculpé d'avoir agressé sexuellement une femme qu'il avait fréquentée et avec laquelle il avait habité. L'accusé et la plaignante sont restés amis et celle-ci allait parfois chez lui et y passait la nuit. Au procès, l'accusé a demandé la tenue d'un *voir-dire* pour que le tribunal établisse si la preuve que la plaignante et lui entretenaient une relation à caractère sexuel — « amis-amants » — au moment de l'agression reprochée était admissible au titre de l'art. 276 du *Code criminel*. Il a fait valoir que le caractère sexuel de la relation fournissait une mise en contexte importante sans laquelle le jury aurait la fausse impression que la plaignante et lui entretenaient une relation platonique. L'accusé a aussi soutenu qu'il n'avait pas l'intention de s'appuyer sur cette preuve pour étayer des

likely to have consented to the sexual activity or was less worthy of belief. The trial judge admitted the evidence, concluding that keeping this “relatively benign” evidence from the jury would lend an element of artificiality to the proceedings and harm the accused’s right to make full answer and defence. At trial, both sides led evidence regarding the frequency of the sexual contact between the complainant and the accused. The jury found the accused not guilty. A majority of the Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial, finding that the trial judge had erred in admitting the evidence. In its view, the only inferences to be drawn from the evidence were those relying on the twin myths and limiting instructions could not cure the fact that the jury had heard inadmissible evidence for which there was no permissible use. The accused appeals as of right to the Court on the issue of whether the “friends with benefits” evidence was admissible.

Held (Brown J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abella, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ.: The evidence in this case did not meet the requirements of s. 276 of the *Criminal Code* and admitting it was a reversible error of law which might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. A new trial is required.

The Canadian justice system strives to protect the ability of triers of fact to get at the truth. In cases of sexual assault, evidence of a complainant’s prior sexual history — if relied upon to suggest that the complainant was more likely to have consented to the sexual activity in question or is generally less worthy of belief — undermines this truth-seeking function and threatens the equality, privacy and security rights of complainants. Section 276 was enacted to mitigate these harms, balancing a number of trial fairness considerations and seeking to exclude evidence known to distort the fact-finding process. It protects the integrity of the trial process by safeguarding both the dignity and privacy of complainants and the right of accused persons to make full answer and defence. It is designed to exclude irrelevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative.

inférences fondées sur les deux mythes, selon lesquelles la plaignante serait plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle ou qu’elle serait moins digne de foi. La juge du procès a admis la preuve, et a conclu que de ne pas présenter cette preuve « relativement inoffensive » au jury conférerait un élément d’artificialité à l’instance et porterait atteinte au droit de l’accusé à une défense pleine et entière. Au procès, les deux parties ont présenté des éléments de preuve concernant la fréquence des rapports sexuels entre la plaignante et l’accusé. Le jury a déclaré l’accusé non coupable. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli l’appel de la Couronne et ont ordonné un nouveau procès, pour le motif que la juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve. À leur avis, les seules inférences pouvant être tirées de la preuve étaient celles reposant sur les deux mythes et les directives restrictives ne pouvaient pas remédier au fait que le jury avait entendu une preuve inadmissible pour laquelle aucune utilisation n’était permise. L’accusé interjette appel de plein droit à la Cour sur la question de savoir si la preuve concernant la relation d’« amis-amants » était admissible.

Arrêt (le juge Brown est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Martin : La preuve en l’espèce ne satisfaisait pas aux exigences de l’art. 276 du *Code criminel*. L’admission de cette preuve constituait une erreur de droit justifiant l’annulation de la décision, et on peut raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement. Un nouveau procès est nécessaire.

Le système de justice canadien vise à protéger la capacité des juges des faits de découvrir la vérité. Dans les cas d’agression sexuelle, la preuve concernant le passé sexuel de la plaignante — si elle est invoquée pour suggérer que celle-ci était plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en cause ou qu’elle est généralement moins digne de foi — compromet cette fonction de recherche de la vérité et menace les droits à l’égalité, à la vie privée et à la sécurité des plaignantes. L’article 276 a été adopté afin d’atténuer ces dangers : il met en balance diverses considérations liées à l’équité du procès et vise à exclure les éléments de preuve connus pour fausser le processus de détermination des faits. Il protège l’intégrité du processus judiciaire en établissant un équilibre entre la dignité et le droit à la vie privée des plaignantes et le droit des accusés à une défense pleine et entière. Il vise à exclure les renseignements non pertinents dont l’effet préjudiciable sur l’administration de la justice l’emporte sur leur valeur probante.

Sections 276(1) and (2) operate together to achieve these objectives. Section 276(1) sets out an absolute bar against introducing evidence of the complainant's prior sexual activity for the purpose of drawing twin-myth inferences. When an accused seeks to introduce such evidence for some other purpose, that evidence is presumptively inadmissible unless the accused satisfies s. 276(2). To do so, the accused must demonstrate that the evidence is of specific instances of sexual activity, is relevant to an issue at trial, and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. The accused must identify the evidence and its purpose with sufficient precision to allow the judge to apply s. 276(2) and weigh the factors set out in s. 276(3), which include the accused's right to make full answer and defence, the need to remove discriminatory beliefs or biases from the fact-finding process, the potential prejudice to the complainant's dignity and privacy, and the right of every individual to the full protection and benefit of the law.

Evidence of a relationship that implies sexual activity clearly engages s. 276(1), and, to be admissible, must satisfy the requirements of s. 276(2). The risk that evidence of a relationship which implies sexual activity may be used to support twin-myth reasoning is clear. Even relatively benign relationship evidence must be scrutinized and handled with care. If the accused cannot point to a relevant use of the evidence other than the twin myths, mere assurances that the evidence will not be used for those purposes are insufficient.

In this case, the evidence was barred by s. 276(1) because it served no purpose other than to support the inference that because the complainant had consented in the past, she was more likely to have consented on the night in question. Nor did the evidence satisfy the conditions of admissibility under s. 276(2).

As to the first condition, the accused successfully demonstrated that the evidence was of specific instances of sexual activity. The words "specific instances of sexual activity" in s. 276(2)(a) must be read in light of the scheme and broader purpose of s. 276. Evidence of a relationship that implies sexual activity inherently encompasses specific instances of sexual activity. To satisfy s. 276(2)(a), the accused must point to identifiable activity, but the degree of specificity required in a particular case will depend on the nature of the

Les paragraphes 276(1) et (2) s'appliquent ensemble en vue d'atteindre ces objectifs. Le paragraphe 276(1) interdit de façon absolue la présentation d'une preuve concernant une activité sexuelle antérieure de la plaignante dans le but de tirer des inférences fondées sur les deux mythes. Lorsqu'un accusé cherche à présenter une preuve de cette nature à une autre fin, celle-ci est présumée inadmissible à moins que l'accusé ne satisfasse aux exigences du par. 276(2). Pour ce faire, l'accusé doit démontrer que la preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle, qu'elle est en rapport avec un élément de la cause et que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. L'accusé doit indiquer la preuve et la fin à laquelle elle sera utilisée avec suffisamment de précision pour permettre au juge d'appliquer le par. 276(2) et de soupeser les facteurs énoncés au par. 276(3), qui comprennent notamment le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la nécessité d'écarter du processus de détermination des faits les opinions ou préjugés discriminatoires, le risque d'atteinte à la dignité de la plaignante et à son droit à la vie privée et le droit de chacun à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi.

La preuve d'une relation qui suppose des activités sexuelles fait manifestement intervenir le par. 276(1), et pour être admissible, elle doit satisfaire aux exigences du par. 276(2). Le risque que la preuve d'une relation comportant des activités sexuelles soit utilisée pour étayer un raisonnement fondé sur les deux mythes est évident. Même la preuve relativement inoffensive d'une relation doit être examinée attentivement et utilisée avec prudence. Si l'accusé ne peut indiquer aucune utilisation pertinente de la preuve autre que celle visant à étayer les deux mythes, la simple assurance que cette preuve ne sera pas utilisée à ces fins ne suffit pas.

En l'espèce, la preuve était inadmissible suivant le par. 276(1) parce qu'elle ne servait qu'à étayer l'inférence selon laquelle la plaignante était plus susceptible d'avoir consenti à une activité sexuelle le soir en question parce qu'elle y avait consenti dans le passé. Elle ne répondait pas non plus aux conditions d'admissibilité du par. 276(2).

Pour ce qui est de la première condition, l'accusé a démontré avec succès que la preuve portait sur des cas particuliers d'activité sexuelle. L'expression « cas particuliers d'activité sexuelle » à l'al. 276(2)a) doit être interprétée à la lumière du régime de l'art. 276 et de son objectif plus large. La preuve d'une relation supposant des activités sexuelles comprend nécessairement des cas particuliers d'activité sexuelle. Pour que l'al. 276(2)a) soit respecté, l'accusé doit faire état d'une activité identifiable,

evidence, how the accused intends to use it, and its potential to prejudice the administration of justice. Here, the accused specified the parties to the relationship, the nature of that relationship and the relevant time period. Requiring further details would have unnecessarily invaded the complainant's privacy.

However, the accused failed to fulfill the second condition by establishing that the evidence was relevant to an issue at trial as required by s. 276(2)(b). The accused must identify, with precision, how the evidence is relevant to a specific issue at trial. The relevant issue cannot be one of the twin myths prohibited by s. 276(1), and generic references to credibility of the accused or the complainant, narrative or context will not suffice. While the case law provides examples of how evidence of previous sexual activity between an accused and a complainant may be relevant to an issue at trial, none of them apply in this case. There are circumstances in which evidence of a sexual relationship may be fundamental to the coherence of an accused's narrative, and by extension, credibility, but here there was nothing about the accused's testimony that cast him in an unfavourable light or rendered his narrative untenable absent the information that he and the complainant were friends with benefits.

As for the third condition — which requires balancing a number of factors to determine whether the evidence has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice — the accused's right to make full answer and defence would not have been compromised by excluding the sexual nature of his relationship with the complainant. Indeed, the evidence was not relevant to an issue at trial and therefore had no probative value.

Admitting the evidence was a reversible error of law which might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal and a new trial is therefore required. The improper admission of the evidence as "context" risked infecting the trial with the precise prejudicial assumptions s. 276 was designed to weed out. The jury should not have been privy to particulars regarding the frequency of the sexual contact or the accused's testimony characterizing the evening as "typical" or "routine". That evidence clearly engaged twin-myth reasoning by suggesting that because the complainant had "typically"

mais le degré de particularité requis dans une affaire donnée dépendra de la nature de la preuve, de la façon dont l'accusé entend l'utiliser et de la possibilité qu'elle ait un effet préjudiciable sur l'administration de la justice. En l'espèce, l'accusé a précisé les parties à la relation, la nature de cette relation et la période pertinente. Exiger plus de détails porterait inutilement atteinte au droit à la vie privée de la plaignante.

Toutefois, l'accusé n'a pas réussi à respecter la deuxième condition, soit celle voulant que la preuve soit en rapport avec un élément de la cause, comme le prévoit l'al. 276(2)b). L'accusé doit indiquer, avec précision, la façon dont la preuve est en rapport avec un élément de la cause. Le rapport entre la preuve et un élément de la cause ne peut être l'un des deux mythes interdits par le par. 276(1), et les allusions générales à la crédibilité de l'accusé ou de la plaignante, au récit ou au contexte ne suffisent pas non plus. Même si la jurisprudence offre des exemples de la façon dont la preuve concernant une activité sexuelle antérieure entre un accusé et une plaignante peut être en rapport avec un élément de la cause, aucun de ceux-ci ne s'applique en l'espèce. Il peut y avoir des circonstances où la preuve concernant une relation sexuelle sera fondamentale pour la cohérence du récit de l'accusé, et par extension, pour sa crédibilité, mais en l'espèce, aucun élément du témoignage de l'accusé ne le présentait sous un mauvais jour ou ne rendait son récit indéfendable si on ne sait pas que la plaignante et lui entretenaient une relation d'amis-amants.

Pour ce qui est de la troisième condition — qui exige une mise en balance de facteurs afin d'établir si le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante — le droit de l'accusé à une défense pleine et entière n'aurait pas été compromis par l'exclusion de la preuve du caractère sexuel de sa relation avec la plaignante. De fait, la preuve n'était pas en rapport avec un élément de la cause, et elle n'a donc pas de valeur probante.

L'admission de cette preuve constituait une erreur de droit justifiant l'annulation de la décision, et on peut raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement; un nouveau procès est donc nécessaire. L'admission irrégulière de la preuve à titre de « contexte » risque de vicier le procès en introduisant les idées reçues préjudiciables que l'art. 276 visait justement à écarter. Le jury n'aurait pas dû être au courant des détails concernant la fréquence des rapports sexuels ou du témoignage de l'accusé caractérisant la soirée d'« habituelle » ou de « typique ». Cette preuve

consented to sex with the accused in the past, she was more likely to have done so on that “routine” occasion.

Per Moldaver and Rowe JJ.: The trial judge erred in admitting the “friends with benefits” evidence under s. 276 of the *Criminal Code*, having particular regard to the manifest deficiencies in the accused’s application to introduce this evidence. The improper admission of the evidence for the broad purpose of providing “context” led to a significant and highly prejudicial broadening of the sexual activity evidence at trial, which might reasonably have had a material bearing on the accused’s acquittal. Accordingly, a new trial is warranted, and the appeal should be dismissed.

The s. 276 regime is designed to respect and preserve the rights of both complainants and accused persons by excluding evidence which would undermine the legitimacy of our criminal justice system and inhibit the search for truth, while allowing for the admission of evidence which would enhance the legitimacy of our criminal justice system and promote the search for truth. In this way, the regime seeks to promote the integrity of the trial process as a whole — a concept that is essential to the public’s faith in the criminal justice system. In pursuing this objective, the s. 276 regime operates in a step-by-step manner. From the accused’s initial application under s. 276.1 to the final limiting instruction required by s. 276.4, the s. 276 regime establishes a rigorous, multistep process through which sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused must be carefully vetted and winnowed down to its essentials. To make its way into evidence at trial, such evidence must withstand careful scrutiny at each stage of the process.

Section 276(1) prohibits the use of sexual activity evidence to support one of the twin myths identified in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. In doing so, it gives effect to the principle that these myths are simply not relevant at trial and can severely distort the trial process. Accordingly, if the sole purpose for which sexual activity evidence is being proffered is to support either of the twin myths, it will be ruled inadmissible under s. 276(1).

invoquait manifestement le raisonnement fondé sur les deux mythes, car elle laisse entendre que parce que la plaignante avait « habituellement » consenti à avoir des rapports sexuels avec l’accusé par le passé, elle était plus susceptible d’avoir consenti à un tel rapport lors de cette soirée « typique ».

Les juges Moldaver et Rowe : La juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve de la relation « amis-amants » en application de l’art. 276 du *Code criminel*, compte tenu notamment des lacunes évidentes dans la demande de l’accusé visant la présentation de cette preuve. L’admission injustifiée de cet élément de preuve à des fins générales de mise en « contexte » a mené à un élargissement important et hautement préjudiciable de la preuve concernant une activité sexuelle présentée au procès, ce qui pourrait raisonnablement avoir eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de l’accusé. Par conséquent, la tenue d’un nouveau procès est justifiée, et le pourvoi devrait être rejeté.

Le régime établi par l’art. 276 vise à assurer le respect et la protection des droits des plaignantes aussi bien que ceux des accusés, en excluant des éléments de preuve susceptibles de compromettre la légitimité de notre système de justice criminelle et d’entraver la recherche de la vérité, tout en permettant la présentation d’éléments de preuve qui renforceraient la légitimité de notre système de justice criminelle et favoriseraient la recherche de la vérité. De cette façon, le régime vise à promouvoir l’intégrité du procès dans son ensemble — un concept essentiel à la confiance du public dans le système de justice criminelle. En vue de l’atteinte de cet objectif, le régime de l’art. 276 fonctionne par étapes. De la demande initiale de l’accusé fondée sur l’art. 276.1 jusqu’aux directives restrictives qu’exige l’art. 276.4, le régime de l’art. 276 établit un processus strict à plusieurs étapes au cours duquel la preuve concernant une activité sexuelle présentée par l’accusé ou son représentant doit être soigneusement examinée et ramenée à l’essentiel. Pour pouvoir être présentée au procès, une telle preuve doit résister à un examen minutieux à chaque étape du processus.

Le paragraphe 276(1) interdit l’utilisation d’une preuve concernant une activité sexuelle à l’appui de l’un des deux mythes décrits dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Ce faisant, il donne effet au principe selon lequel ces mythes ne sont simplement pas pertinents au procès et peuvent dénaturer gravement celui-ci. Par conséquent, si la preuve concernant une activité sexuelle n’est présentée que pour étayer l’un des deux mythes, elle sera jugée inadmissible en application du par. 276(1).

But that does not mean sexual activity evidence will always be ruled inadmissible. While sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused is presumptively inadmissible, such evidence may be admitted where it satisfies a three-part test under s. 276(2). Before sexual activity evidence can be admitted under this provision, the accused must file a written application under s. 276.1. If the judge is not satisfied that certain requirements have been met (e.g., the application is deficient), then he or she may dismiss the application without more. On the other hand, if the accused's written application survives scrutiny, then the process moves to the *voir dire* stage and the court's attention shifts to s. 276(2).

The first requirement of s. 276(2) is that the evidence be of specific instances of sexual activity. As stated in *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, the content of the "specific instances" requirement is linked to the nature of the evidence sought to be adduced. Where the accused seeks to introduce evidence of an individual instance of sexual activity, he must identify that instance with specificity. By contrast, where the accused seeks to introduce general evidence that describes the nature of the relationship between the accused and the complainant, the specificity requirement speaks to factors relevant to identifying the relationship and its nature and not to details of specific sexual encounters. These factors will include the parties to the relationship, the relevant time period, and the nature of the relationship.

The second requirement of s. 276(2) is that the evidence be "relevant to an issue at trial". To satisfy this requirement, the accused must demonstrate that the evidence goes to a legitimate aspect of his defence and is integral to his ability to make full answer and defence. This requires that the accused be able to identify specific facts or issues relating to his defence that can be properly understood and resolved by the trier of fact only if reference is made to the sexual activity evidence in question. In articulating these specific facts or issues, simply citing the need to provide greater "context" or a fuller "narrative" will not suffice. Similarly, bare invocations of credibility will not be enough. Furthermore, the requirement that the evidence be "integral" to the accused's ability to make full answer and defence means that even if the evidence can be linked to specific facts or issues relating to the accused's defence, admission is not guaranteed. There may be cases in which the evidence, while relevant to specific facts or issues relating to the accused's defence, bears only marginally on it. In such cases, the trial judge may, in his or her discretion, exclude the evidence on the basis that countervailing considerations, such as the need to protect

Toutefois, cela ne veut pas dire que la preuve concernant une activité sexuelle sera toujours jugée inadmissible. Bien que la preuve concernant une activité sexuelle présentée par l'accusé ou son représentant soit présumée inadmissible, elle peut être admise si elle respecte le test en trois volets prévu au par. 276(2). Avant qu'une preuve concernant une activité sexuelle puisse être admise au titre de cette disposition, l'accusé doit déposer une demande écrite fondée sur l'art. 276.1. Si le juge n'est pas convaincu du respect de certaines exigences (p. ex., la demande écrite présente des lacunes), il peut tout simplement rejeter la demande. En revanche, si la demande écrite de l'accusé résiste à l'examen, l'instance passe alors à l'étape du *voir-dire* et l'attention du tribunal se dirige vers le par. 276(2).

Le paragraphe 276(2) exige en premier lieu que la preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle. Comme il est énoncé dans *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, le contenu de cette exigence est lié à la nature de la preuve que l'accusé cherche à présenter. Lorsque celui-ci cherche à présenter la preuve d'un cas particulier d'activité sexuelle, il doit décrire ce cas avec précision. Par contre, lorsque l'accusé cherche à présenter une preuve générale qui décrit la nature de la relation entre lui et la plaignante, l'exigence relative aux cas particuliers renvoie aux facteurs permettant de définir la relation et sa nature et non aux détails des rapports sexuels particuliers. Ces facteurs comprennent notamment les parties à la relation, la période pertinente et la nature de la relation.

Le paragraphe 276(2) exige en second lieu que la preuve soit « en rapport avec un élément de la cause ». Pour satisfaire à cette exigence, l'accusé doit démontrer que la preuve s'attache à un aspect légitime de sa défense et qu'elle est essentielle à sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Pour cela, l'accusé doit pouvoir cerner les questions ou faits précis liés à sa défense que le juge des faits ne pourrait résoudre ou comprendre adéquatement que s'il est fait référence à la preuve en cause concernant une activité sexuelle. Au moment de formuler ces questions ou faits précis, l'accusé ne pourra se contenter de faire valoir la nécessité d'une mise en « contexte » plus générale ou d'un « récit » plus détaillé. De la même façon, invoquer simplement la crédibilité ne suffit pas non plus. Par ailleurs, l'exigence voulant que la preuve soit « essentielle » à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière signifie que, même s'il est possible de rattacher la preuve à des questions ou faits précis liés à la défense de l'accusé, son admission n'est pas garantie. Il peut y avoir des cas où la preuve, bien qu'elle soit en rapport avec des questions ou faits précis liés à la défense de l'accusé, n'a que peu d'incidence sur celle-ci. En pareils cas, le juge

the privacy rights and dignity of the complainant, outweigh the tenuous connection the evidence has to the accused's ability to make full answer and defence.

The third requirement of s. 276(2) is that the evidence have significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. As explained in *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, the requirement of significant probative value serves to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the proper administration of justice.

In undertaking the analysis required by s. 276(2), which is designed to ensure that any admissible sexual activity evidence is limited in scope and that its legitimate purpose is identified and weighed against countervailing considerations, the trial judge must take into account the factors listed in s. 276(3). To the extent sexual activity evidence is ultimately admitted, the trial judge must explain to the jury, in clear and precise terms, the uses for which the evidence may — and may not — be used. Finally, all trial participants — including the trial judge, Crown and defence counsel, and witnesses — must hew to the specific, legitimate purpose for which the evidence has been admitted, without expanding the scope of the ruling or using the admissible evidence for inadmissible purposes. This is essential to preserving not only the rights of the accused and the complainant, but also the integrity of the trial process as a whole.

In this case, the “friends with benefits” evidence could, on its face, potentially be used to support the first of the twin myths — the myth that because the complainant consented to have sex with the accused in the past, she was more likely to have consented to the sexual activity forming the subject-matter of the sexual assault charge. However, s. 276(1) takes this potential use off the table. As such, unless the accused could point to some legitimate use of the sexual activity evidence that would justify admission under s. 276(2), that evidence was inadmissible.

Although the accused's application under s. 276.1 satisfied the specificity requirement under s. 276(2)(a), it failed to satisfy the relevance requirement under s. 276(2)(b). The accused argued that the threshold for relevance was met because the “friends with benefits” evidence: (1) was necessary to avoid an erroneous misapprehension on the

du procès peut, à sa discrétion, exclure la preuve au motif que des considérations faisant contreponds, telles que la nécessité de protéger le droit à la vie privée et la dignité de la plaignante, l'emportent sur le lien ténu qui existe entre la preuve et la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

En troisième lieu, le par. 276(2) exige que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. Comme il est expliqué dans *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, l'exigence relative à la valeur probante sert à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s'ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux inférences interdites, compromettraient néanmoins la bonne administration de la justice.

Lorsqu'il procède à l'analyse que commande le par. 276(2), qui vise à ce que toute preuve admissible concernant une activité sexuelle ait une portée limitée et que la fin légitime qu'elle vise soit précisée et soupesée au regard de considérations faisant contreponds, le juge du procès doit prendre en considération les facteurs énumérés au par. 276(3). Dans la mesure où la preuve concernant une activité sexuelle est finalement admise, le juge du procès doit expliquer au jury, en termes clairs et précis, les fins auxquelles celle-ci peut — et ne peut pas — être utilisée. Enfin, tous les participants au procès — y compris le juge, les avocats de la poursuite et de la défense, et les témoins — doivent s'en tenir à la fin précise et légitime pour laquelle la preuve a été admise, sans élargir la portée de la décision ou utiliser la preuve admissible à des fins inadmissibles. Cela est essentiel non seulement pour protéger les droits de l'accusé et de la plaignante, mais aussi pour préserver l'intégrité du procès dans son ensemble.

En l'espèce, la preuve de la relation « amis-amants » pourrait, à première vue, servir à étayer le premier des deux mythes — celui voulant que, parce que la plaignante a déjà consenti à avoir des relations sexuelles avec l'accusé, elle était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation d'agression sexuelle. Or, le par. 276(1) écarte cette utilisation potentielle. Ainsi, à moins que l'accusé ait pu indiquer une utilisation légitime de la preuve concernant une activité sexuelle qui justifierait son admission en application du par. 276(2), celle-ci était inadmissible.

Bien que la demande de l'accusé fondée sur l'art. 276.1 respectait le critère relatif aux cas particuliers d'activité sexuelle prévu à l'al. 276(2)a), elle ne satisfaisait pas à l'exigence de pertinence énoncée à l'al. 276(2)b). L'accusé soutenait que le critère de la pertinence était respecté parce que la preuve de la relation « amis-amants » : (1) était

part of the jury that he and the complainant were platonic friends at the time of the alleged sexual assault; and (2) provided “context” to the issues at trial. However, the accused did not explain why it was necessary to correct any potential misapprehension as to the sexual nature of his relationship with the complainant. In addition, the accused failed to identify a specific, legitimate purpose for putting the evidence before the jury — he did not link the evidence to specific facts or issues relating to his defence that could be properly understood and resolved only if reference could be made to the “friends with benefits” evidence.

The evidence was also incapable of satisfying the third requirement under s. 276(2). Because the evidence was not relevant to an issue at trial based on the application presented to the trial judge, it was necessarily incapable of possessing any probative value.

However, the possibility that the presiding judge at the new trial might, if presented with a properly framed s. 276.1 application, admit the evidence after applying the test and weighing the factors in s. 276(2) and (3) should not be foreclosed. Without reaching any final decision on the matter, there was at least one specific issue that the accused could have referred to in his application that might have properly supported admission of the “friends with benefits” evidence: the jury’s assessment of his testimony that he mouthed the words “I’m going to fuck you” to the complainant. If the jury lacked the knowledge that the two were in a sexual relationship at the time, that statement might have seemed bizarre or even menacing. Furthermore, the accused’s testimony that he made that statement to the complainant may itself have seemed implausible. In this way, withholding the sexual nature of the accused’s relationship with the complainant could have had an adverse impact on the jury’s assessment of his credibility, potentially infringing upon his right to make full answer and defence. Had the accused referenced this aspect of his anticipated testimony in his s. 276.1 application, the trial judge would have been better equipped to engage in the balancing exercise required by s. 276(2) and (3) and may have properly determined that the evidence was admissible for the narrow purpose of allowing the jury to assess the accused’s testimony on this point.

A new trial is required. A number of errors occurred at trial as a result of the trial judge’s improper s. 276

nécessaire pour éviter que le jury croit, en raison d’une interprétation erronée, que la plaignante et lui entretenaient une relation platonique au moment de l’agression sexuelle reprochée; et (2) mettait en « contexte » les éléments de la cause. Cependant, l’accusé n’a pas expliqué pourquoi il était nécessaire que soit corrigée toute interprétation erronée quant au caractère sexuel de sa relation avec la plaignante. De plus, l’accusé a omis d’invoquer une fin légitime précise pour laquelle il voulait présenter la preuve au jury — il n’a établi aucun lien entre la preuve et des questions ou faits précis liés à sa défense dont la résolution ou la compréhension nécessitait qu’il soit fait référence à la preuve de la relation « amis-amants ».

De plus, la preuve ne respectait pas la troisième exigence énoncée au par. 276(2). Étant donné que la preuve n’était pas en rapport avec un élément de la cause eu égard à la demande présentée à la juge du procès, elle était nécessairement dénuée de toute valeur probante.

Cependant, il ne faut pas écarter la possibilité que le juge qui préside l’audience lors du nouveau procès, dans le cas où une demande dûment formulée conformément à l’art. 276.1 lui est présentée, admette la preuve après avoir appliqué le critère et soupesé les facteurs énoncés aux par. 276(2) et (3). Sans trancher définitivement la question, il y avait au moins une question précise que l’accusé aurait pu mentionner dans sa demande et qui était susceptible de justifier adéquatement l’admission de la preuve concernant la relation « amis-amants » : l’appréciation par le jury de son témoignage concernant le fait qu’il aurait articulé en silence à l’intention de la plaignante les mots « je vais te baiser ». Si le jury ne savait pas que la plaignante et l’accusé entretenaient une relation à caractère sexuel à l’époque, cette déclaration aurait pu leur sembler bizarre et même menaçante. De plus, le témoignage de l’accusé concernant le fait qu’il se soit ainsi adressé à la plaignante aurait pu en lui-même paraître invraisemblable. De cette façon, le fait de priver le jury de la preuve relative au caractère sexuel de la relation de l’accusé avec la plaignante aurait été susceptible d’avoir une incidence négative sur son évaluation de la crédibilité de l’accusé, ce qui aurait potentiellement porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Si l’accusé avait fait mention de cet aspect du témoignage qu’il entendait livrer dans sa demande fondée sur l’art. 276.1, la juge du procès aurait été plus en mesure d’effectuer la mise en balance qu’exigent les par. 276(2) et (3) et aurait pu conclure à juste titre que la preuve était admissible à seule fin de permettre au jury d’apprécier le témoignage de l’accusé sur ce point.

Un nouveau procès est nécessaire. Un certain nombre d’erreurs ont été commises au procès en raison de la

ruling, which allowed for the admission of sexual activity evidence under the broad banner of “context”. Grounded in this ruling, the trial judge’s flawed limiting instructions failed to delineate how the sexual activity evidence was capable of assisting the jury to resolve specific facts or issues relating to the accused’s defence. This flawed instruction’s distorting effect was compounded when additional sexual activity evidence was admitted at trial which was not the subject of its own admissibility determination or limiting instruction. The cumulative impact of these errors can reasonably be thought to have had a material bearing on the accused’s acquittal.

Per Brown J. (dissenting): The evidence was admissible. The trial judge applied the correct legal principles in her evidentiary ruling and the jury rendered its verdict after being properly instructed on how to do so. The appeal should be allowed and the acquittals restored.

First, the “friends with benefits” evidence did not derive its relevance solely from twin-myth reasoning and should therefore have filtered through s. 276(1). The test for exclusion under s. 276(1) is whether the evidence derives its relevance solely from twin-myth reasoning and not whether it merely engages that type of reasoning. Were engagement the test for categorical exclusion under s. 276(1), it would risk exclusion of all relationship evidence, or at the very least all evidence of relationships which also involve sexual activity, since that, too, would conceivably engage twin-myth reasoning. Such an approach would resurrect the creation of pre-determined categories of admissibility which was rejected in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, and would downplay the text and purpose of statutory provisions like s. 276.4, which recognizes that evidence may be admissible for certain purposes yet inadmissible for others, and makes a limiting instruction mandatory where any evidence of other sexual activity is introduced, even if it only refers to other sexual activity indirectly or implicitly, to cure prejudice and to warn the jury of the impermissible uses of that evidence. Rather, relationship evidence should typically be filtered via the inquiry contemplated by s. 276(2)(b), being whether the evidence is relevant to an identifiable issue at trial.

décision inappropriée de la juge du procès au titre de l’art. 276, qui permettait l’admission de la preuve concernant une activité sexuelle à titre général de « contexte ». Les directives restrictives erronées de la juge du procès, qui reposaient sur cette décision, n’énonçaient pas comment la preuve concernant une activité sexuelle pouvait aider le jury à résoudre les questions ou faits précis liés à la défense de l’accusé. L’effet dénaturant de cette directive erronée s’est aggravé lorsqu’une autre preuve concernant une activité sexuelle, n’ayant pas fait l’objet d’une décision distincte quant à son admissibilité ni d’une directive restrictive, a été admise au procès. On peut raisonnablement penser que l’effet cumulatif de ces erreurs a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de l’accusé.

Le juge Brown (dissent) : La preuve était admissible. La juge du procès a appliqué les bons principes de droit pour statuer sur l’admissibilité de la preuve et le jury a rendu son verdict après avoir reçu de bonnes directives sur la façon d’y parvenir. L’appel devrait être accueilli et les acquittements rétablis.

Premièrement, la preuve relative à la relation « amis-amants » ne tirait pas sa pertinence uniquement des raisonnements fondés sur les deux mythes. Elle aurait donc dû être filtrée en fonction de l’examen prévu au par. 276(1). Le test d’exclusion prévu au par. 276(1) consiste donc à se demander si la pertinence de la preuve découle uniquement des raisonnements fondés sur les deux mythes et non pas si elle fait intervenir ce type de raisonnement. Si l’intervention était le test pour catégoriquement exclure la preuve en application du par. 276(1), cela risquerait d’exclure toute preuve relative à des relations, ou à tout le moins toute preuve de relations qui comportent une dimension sexuelle, puisqu’il est concevable qu’elle puisse aussi faire intervenir les raisonnements fondés sur les deux mythes. Cette approche redonnerait vie à la création de catégories préétablies d’admissibilité, ce qui a été rejeté par l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, et réduirait la portée du texte et l’objet de dispositions législatives comme l’art. 276.4 qui reconnaît qu’une preuve peut être admissible à certaines fins, mais non à d’autres, et qui oblige le juge à donner des directives restrictives au jury lorsqu’une preuve d’antécédents sexuels est présentée, même si cette preuve ne mentionne qu’indirectement ou implicitement les antécédents sexuels en question, pour réparer le préjudice causé et pour mettre le jury en garde contre les utilisations interdites de cette preuve. La preuve de relations devrait typiquement plutôt être filtrée en fonction de l’examen prévu à l’al. 276(2)(b), soit en se demandant si la preuve de la relation est pertinente à une question identifiable lors du procès.

In this case, the Crown failed to explain why evidence of the “friends with benefits” relationship was objectionable, while evidence of other types of relationships which regularly pass through the filter of s. 276(1), and yet which might also suggest previous sexual activity, is not. Evidence of relationships that involve sexual activity, but which lack the expectation or desire of a more formal relationship, may also give important context to the non-sexual interactions between the parties to the relationship, which may be, as it was in this case, necessary for the accused to make full answer and defence. Evidence of a “friends with benefits” relationship will, in certain cases, and without engaging in prohibited lines of reasoning, explain to a jury how two people know each other, consistent with how other relationships are presented to juries. The trial judge’s evidentiary ruling treated the relationship between the accused and the complainant consistently with other relationships in society.

Second, the “friends with benefits” evidence met the relevance test under s. 276(2)(b) because it was relevant to the accused’s ability to make full answer and defence. Indeed, it was necessary for the jury to assess the credibility of the accused’s evidence, which was the most relevant and material issue with which the jury would have had to grapple. To deny the accused the ability to point to his relationship would in these circumstances disable the jury from meaningfully performing its central function of finding facts and seeking out the truth, and would force the accused to tell an incomplete story — a story which includes an account of the act but no explanation for how he and the complainant “got there” and why he said what he said and did what he did. Without the evidence, the accused’s actions will have appeared to have arisen out of nowhere, and the accused’s right to make full answer and defence would be reduced to painting a picture of himself as (at best) crude and reckless, or (at worst) predatory.

Ordering a new trial is unfair, given that the Crown’s theory of the case drew directly from the sexual nature of the relationship and that it was the Crown, and not the accused, who contravened the trial judge’s evidentiary ruling and explored both the details and the frequency of the sexual activity. A successful Crown appeal from acquittal in this case inevitably lowers the bar which the Crown must overcome to show that a legal error had a material bearing on the acquittal so as to secure a new trial.

En l’espèce, le ministère public n’a pas expliqué en quoi la preuve de la relation « amis-amants » est condamnable, tandis que la preuve d’autres types de relations qui passent régulièrement le filtre du par. 276(1) et qui pourraient malgré tout également suggérer des antécédents sexuels n’est pas répréhensible. La preuve de relations qui comportent des activités sexuelles, mais qui ne supposent pas d’attentes quant à une union plus formelle ou même le désir d’établir une telle union, peut aussi fournir un contexte important au sujet des interactions non sexuelles entre les partenaires, ce qui peut être nécessaire, comme en l’espèce, pour permettre à l’accusé de présenter une défense pleine et entière. La preuve d’une relation « amis-amants » peut, dans certains cas, et sans mener à des raisonnements interdits, expliquer à un jury le contexte des fréquentations de deux personnes, comme le fait la preuve d’autres types de relations présentées à des jurys. Dans sa décision relative à la preuve, la juge de première instance a traité la relation entre l’appelant et la plaignante de la même manière que les autres relations que peuvent entretenir des individus.

Deuxièmement, la preuve de la relation « amis-amants » satisfaisait au test énoncé à l’al. 276(2)(b) parce qu’elle était pertinente pour garantir le droit de l’accusé à une défense pleine et entière. En effet, elle était nécessaire pour que le jury soit en mesure d’évaluer la crédibilité du témoignage de l’accusé, la question la plus importante et la plus pertinente soumise à son appréciation. Nier à l’accusé la capacité de parler de sa relation revient dans ces circonstances à priver les jurés de leur capacité de remplir véritablement leur mission principale, soit celle de constater les faits et de rechercher la vérité, et le force à raconter une histoire incomplète, qui comprend un récit de l’acte reproché, mais aucune explication quant à la façon dont la plaignante et lui « en sont arrivés là » et à la raison pour laquelle il a dit ce qu’il a dit et a fait ce qu’il a fait. Sans cette preuve, ses actes semblent avoir surgi de nulle part et son droit à une défense pleine et entière est limité à un point tel qu’il en est réduit à se dépeindre, au mieux, comme un être insensible et insouciant ou, au pire, comme un prédateur.

Ordonner la tenue d’un nouveau procès est injuste, parce que la théorie de la cause du ministère public était tirée directement de la nature sexuelle de la relation et parce que c’est le ministère public, et non l’accusé, qui a dérogé à la décision de la juge du procès relative à la preuve et qui a exploré les détails et la fréquence des relations sexuelles qu’avaient eues l’accusé et la plaignante. Un appel victorieux du ministère public de l’acquiescement en l’espèce abaisse inévitablement la barre qu’il doit franchir pour démontrer qu’une erreur de droit a eu une incidence telle sur l’acquiescement qu’elle justifie la tenue d’un nouveau procès.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245; *R. v. Rodney*, 2008 CanLII 5114; *R. v. A.R.C.*, [2002] O.J. No. 5364 (QL); *R. v. Strickland* (2007), 45 C.R. (6th) 183; *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *R. v. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179; *R. v. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609.

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3.

By Brown J. (dissenting)

R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475; *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *R. v. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85; *R. v. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179; *R. v. Blea*, [2005] O.J. No. 4191 (QL); *R. v. A.A.*, 2009 ABQB 602, 618 A.R. 137; *R. v. Provo*, 2018 ONCJ 474, 48 C.R. (7th) 1; *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Nyznik*, 2017 ONSC 4392, 40 C.R. (7th) 241; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-49, *An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, 3rd Sess., 34th Parl., 1992, Preamble.
 Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018 (assented to December 13, 2018).

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245; *R. c. Rodney*, 2008 CanLII 5114; *R. c. A.R.C.*, [2002] O.J. No. 5364 (QL); *R. c. Strickland* (2007), 45 C.R. (6th) 183; *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *R. c. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179; *R. c. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609.

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Brown (dissident)

R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475; *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *R. c. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85; *R. c. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179; *R. c. Blea*, [2005] O.J. No. 4191 (QL); *R. c. A.A.*, 2009 ABQB 602, 618 A.R. 137; *R. c. Provo*, 2018 ONCJ 474, 48 C.R. (7th) 1; *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Nyznik*, 2017 ONSC 4392, 40 C.R. (7th) 241; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273; *R. c. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 143.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276, 276.1, 276.2, 276.4, 276.5, 676(1a).
 Projet de loi C-49, *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, 3^e sess., 34^e lég., 1992, préambule.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 143.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 276.1, 276.2, 276.4, 276.5, 676(1)(a).

Authors Cited

Backhouse, Constance. “Sexual Harassment: A Feminist Phrase That Transformed the Workplace” (2012), 24 *C.J.W.L.* 275.

Boyle, Christine. “Sexual Assault as Foreplay: Does *Ewanchuk* Apply to Spouses?” (2004), 20 C.R. (6th) 359.

Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *An Estimation of the Economic Impact of Violent Victimization in Canada, 2009*, by Josh Hoddenbagh, Ting Zhang and Susan McDonald. Government of Canada, 2014.

Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *Health Impacts of Violent Victimization on Women and their Children*, by Nadine Wathen. Government of Canada, 2012.

Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Police-reported sexual assaults in Canada before and after #MeToo, 2016 and 2017*, by Cristine Rotenberg and Adam Cotter. Statistics Canada, 2018.

Craig, Elaine. “Capacity to Consent to Sexual Risk” (2014), 17 *New Crim. L. Rev.* 103.

Craig, Elaine. *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*. Montréal: McGill-Queen’s University Press, 2018.

Craig, Elaine. “Section 276 Misconstrued: The Failure to Properly Interpret and Apply Canada’s Rape Shield Provisions” (2016), 94 *Can. Bar Rev.* 45.

Desrosiers, Julie, et Geneviève Beausoleil-Allard. *L’agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.

Khan, Ummni. “Hot for Kink, Bothered by the Law: BDSM and the Right to Autonomy” (Summer 2016), 41:2 *Law Matters* 17.

Koshan, Jennifer. “Marriage and Advance Consent to Sex: A Feminist Judgment in *R v JA*” (2016), 6:6 *Oñati Socio-legal Series* 1377 (online: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/737/963>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC38_1_eng.pdf).

Lippel, Katherine. “Conceptualising Violence at Work Through A Gender Lens: Regulation and Strategies for Prevention and Redress” (2018), 1 *U of OxHRH J* 142.

Miller, Karen-Lee. “*You Can’t Stop The Bell From Ringing.*” *Protean, Unpredictable, And Persisting: The Victim Impact Statement In The Context Of Sexually Assaulted Women*, submitted in conformity with the

Projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2018 (sanctionné le 13 décembre 2018).

Doctrine et autres documents cités

Backhouse, Constance. « Sexual Harassment : A Feminist Phrase That Transformed the Workplace » (2012), 24 *R.F.D.* 275.

Boyle, Christine. « Sexual Assault as Foreplay : Does *Ewanchuk* Apply to Spouses? » (2004), 20 C.R. (6th) 359.

Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Estimation de l’incidence économique des crimes violents au Canada en 2009*, par Josh Hoddenbagh, Ting Zhang and Susan McDonald, Gouvernement du Canada, 2014.

Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *La victimisation avec violence : répercussions sur la santé des femmes et des enfants*, par Nadine Wathen, Gouvernement du Canada, 2012.

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Les agressions sexuelles déclarées par la police au Canada avant et après le mouvement #MoiAussi, 2016 et 2017*, par Cristine Rotenberg et Adam Cotter, Statistique Canada, 2018.

Craig, Elaine. « Capacity to Consent to Sexual Risk » (2014), 17 *New Crim. L. Rev.* 103.

Craig, Elaine. *Putting Trials on Trial : Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2018.

Craig, Elaine. « Section 276 Misconstrued : The Failure to Properly Interpret and Apply Canada’s Rape Shield Provisions » (2016), 94 *du B. can.* 45.

Desrosiers, Julie, et Geneviève Beausoleil-Allard. *L’agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.

Khan, Ummni. « Hot for Kink, Bothered by the Law : BDSM and the Right to Autonomy » (Summer 2016), 41:2 *Law Matters* 17.

Koshan, Jennifer. « Marriage and Advance Consent to Sex : A Feminist Judgment in *R v JA* » (2016), 6:6 *Oñati Socio-legal Series* 1377 (en ligne : <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/737/963>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC38_1_eng.pdf).

Lippel, Katherine. « Conceptualising Violence at Work Through A Gender Lens : Regulation and Strategies for Prevention and Redress » (2018), 1 *U of OxHRH J* 142.

Miller, Karen-Lee. « *You Can’t Stop The Bell From Ringing.* » *Protean, Unpredictable, And Persisting : The Victim Impact Statement In The Context Of Sexually Assaulted Women*, submitted in conformity with the

requirements for the degree of Doctor of Philosophy. Toronto: University of Toronto, Dalla Lana School of Public Health, 2015.

Oxford English Dictionary, “friend with benefits” (online: <https://www.oed.com/view/Entry/74646?redirectedFrom=friends+with+benefits#eid282828620>).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

Randall, Melanie. “Sexual Assault in Spousal Relationships, ‘Continuous Consent’, and the Law: Honest But Mistaken Judicial Beliefs” (2008), 32 *Man. L.J.* 144.

Rosenbury, Laura A. “Friends with Benefits?” (2007), 106 *Mich. L. Rev.* 189.

Sealy-Harrington, Joshua. “Tied Hands? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent” (2014), 18 *Can. Crim. L. Rev.* 119.

Silver, Lisa A. “The *WD* Revolution” (2018), 41 *Man. L.J.* 307.

Stuart, Don. “Twin Myth Hypotheses in Rape Shield Laws are Too Rigid and *Darrach* is Unclear” (2009), 64 *C.R.* (6th) 74.

Tanovich, David M. “‘Whack’ No More: Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases” (2015), 45 *Ottawa L. Rev.* 495.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McDonald, Strekaf and Berger JJ.A.), 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22, 72 Alta. L.R. (6th) 317, 363 C.C.C. (3d) 406, [2018] A.J. No. 830 (QL), 2018 CarswellAlta 1312 (WL Can.), setting aside the acquittals of the accused and ordering a new trial. Appeal dismissed, Brown J. dissenting.

Deborah R. Hatch, for the appellant.

Joanne B. Dartana and *Matthew Griener*, for the respondent.

G. Karen Papadopoulos and *Jill Witkin*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Megan Savard and *Colleen McKeown*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

The judgment of Abella, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ. was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — Our system of justice strives to protect the ability of triers of fact to get at

requirements for the degree of Doctor of Philosophy. Toronto, University of Toronto, Dalla Lana School of Public Health, 2015.

Oxford English Dictionary, “*friend with benefits*” (en ligne : <https://www.oed.com/view/Entry/74646?redirectedFrom=friends+with+benefits#eid282828620>).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

Randall, Melanie. « Sexual Assault in Spousal Relationships, “Continuous Consent”, and the Law : Honest But Mistaken Judicial Beliefs » (2008), 32 *Man. L.J.* 144.

Rosenbury, Laura A., « Friends with Benefits? » (2007), 106 *Mich. L. Rev.* 189.

Sealy-Harrington, Joshua. « Tied Hands? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent » (2014), 18 *R.C.D.P.* 119.

Silver, Lisa A. « The *WD* Revolution » (2018), 41 *Man. L.J.* 307.

Stuart, Don. « Twin Myth Hypotheses in Rape Shield Laws are Too Rigid and *Darrach* is Unclear » (2009), 64 *C.R.* (6th) 74.

Tanovich, David M. « “Whack” No More : Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases » (2015), 45 *R.D. Ottawa* 495.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges McDonald, Strekaf et Berger), 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22, 72 Alta. L.R. (6th) 317, 363 C.C.C. (3d) 406, [2018] A.J. No. 830 (QL), 2018 CarswellAlta 1312 (WL Can.), qui a annulé les verdicts d’acquiescement prononcés en faveur de l’accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge Brown est dissident.

Deborah R. Hatch, pour l’appelant.

Joanne B. Dartana et *Matthew Griener*, pour l’intimée.

G. Karen Papadopoulos et *Jill Witkin*, pour l’intervenante la procureure générale de l’Ontario.

Megan Savard et *Colleen McKeown*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Version française du jugement des juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Martin rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Notre système de justice vise à protéger la capacité des juges des

the truth. In cases of sexual assault, evidence of a complainant's prior sexual history — if relied upon to suggest that the complainant was more likely to have consented to the sexual activity in question or is generally less worthy of belief — undermines this truth-seeking function and threatens the equality, privacy and security rights of complainants.

[2] In 1992, Parliament enacted s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to protect trials from these harms. Nearly 30 years later, the investigation and prosecution of sexual assault continues to be plagued by myths. One such myth is that sexual assault is a crime committed by persons who are strangers to their targets. In fact, in 2016-2017, Statistics Canada found that over 80 percent of reported sexual assaults occurred between people who knew one another in some way.¹ In other words, most complainants will have some kind of relationship with the accused. This case requires the Court to review the balance between, on the one hand, admitting evidence of a sexual relationship that may be fundamental to making full answer and defence, and on the other, protecting complainants and the integrity of the trial process from prejudicial reasoning.

[3] Here, the accused sought to introduce evidence that he and the complainant were “friends with benefits”, a sexual relationship. He argued that the sexual nature of the relationship provided important context without which the jury would be left with the artificial impression that he and the complainant had a platonic relationship, rendering consent improbable.

faits de découvrir la vérité. Dans les cas d'agression sexuelle, la preuve concernant le passé sexuel de la plaignante¹ — si elle est invoquée pour suggérer que celle-ci était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en cause ou encore qu'elle est généralement moins digne de foi — compromet cette fonction de recherche de la vérité et menace les droits à l'égalité, à la vie privée et à la sécurité des plaignantes.

[2] En 1992, le Parlement a adopté l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, afin de protéger les procès de ces dangers. Près de 30 ans plus tard, les enquêtes et les poursuites relatives aux agressions sexuelles continuent d'être marquées par des mythes. Selon l'un d'eux, la victime d'une agression sexuelle ne connaît pas son agresseur. En fait, en 2016-2017, Statistique Canada a révélé que plus de 80 p. 100 des agressions sexuelles déclarées se produisent entre des personnes qui se connaissent d'une façon ou d'une autre². Autrement dit, la plupart des plaignantes ont un certain type de relation avec l'accusé. Dans le présent pourvoi, la Cour doit se livrer à un examen portant sur l'équilibre qu'il faut établir entre, d'une part, l'admission d'une preuve d'une relation à caractère sexuel qui peut s'avérer fondamentale pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et, d'autre part, la protection des plaignantes et de l'intégrité du processus judiciaire contre un raisonnement préjudiciable.

[3] En l'espèce, l'accusé a cherché à présenter des éléments de preuve établissant que la plaignante et lui étaient [TRADUCTION] « amis-amants » (« *friends with benefits* »), ce qui constitue une relation à caractère sexuel. Il a fait valoir que le caractère sexuel de la relation fournissait une mise en contexte importante sans laquelle le jury aurait la fausse impression que la plaignante et lui entretenaient une relation platonique, ce qui aurait rendu le consentement improbable.

¹ Statistics Canada, *Police-reported sexual assaults in Canada before and after #MeToo, 2016 and 2017* (2018).

¹ L'article 276 du *Code criminel* utilise la forme masculine du mot « plaignant » pour décrire la personne qui serait victime de cette infraction. Toutefois, comme je l'explique plus loin, l'agression sexuelle est une infraction hautement genrée dont la plupart des victimes sont des femmes. Pour cette raison, et puisque la plaignante dans le dossier est une femme, j'utiliserai la forme féminine « plaignante » dans le présent jugement.

² Statistique Canada, *Les agressions sexuelles déclarées par la police au Canada avant et après le mouvement #MoiAussi, 2016 et 2017* (2018).

[4] To be admissible, relationship evidence that implies sexual activity must satisfy the requirements of s. 276 of the *Criminal Code*. In my view, the evidence here did not meet those requirements. Introducing evidence of the sexual nature of the relationship served no purpose other than to support the inference that because the complainant had consented in the past, she was more likely to have consented on the night in question. It was therefore barred by s. 276(1). Nor could it satisfy the conditions of admissibility under s. 276(2). While the sexual aspect of the relationship was evidence of “specific instances of sexual activity”, it was not “relevant to an issue at trial”.

[5] A s. 276 application requires the accused to positively identify a use of the proposed evidence that does not invoke twin-myth reasoning. In other words, relevance is the key which unlocks the evidentiary bar, allowing a judge to consider the s. 276(3) factors and to decide whether to admit the evidence. Bare assertions that such evidence will be relevant to context, narrative or credibility cannot satisfy s. 276. The evidence in this case should not have been admitted and a new trial is required. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[6] Mr. Goldfinch and the complainant met, dated and lived together for seven or eight months, after which the complainant ended the relationship. At some point during the ensuing months, the two resumed contact. Although they each described the relationship in various ways, both ultimately agreed that their relationship could be described as “friends with benefits”.

[7] On the evening of May 28, 2014, the complainant called Goldfinch, who then drove to the complainant’s house, picked her up, and brought her back to his place. Goldfinch testified that she had called him a few days earlier asking for “birthday

[4] Pour être admissible, la preuve d’une relation qui suppose des activités sexuelles doit satisfaire aux exigences de l’art. 276 du *Code criminel*. Selon moi, la preuve en l’espèce ne satisfaisait pas à ces exigences. La présentation d’une preuve du caractère sexuel de la relation ne servait qu’à étayer l’inférence selon laquelle la plaignante était plus susceptible d’avoir consenti à une activité sexuelle le soir en question parce qu’elle y avait consenti dans le passé. La preuve était donc inadmissible suivant le par. 276(1). Elle ne répondait pas non plus aux conditions d’admissibilité du par. 276(2). Bien que la preuve du caractère sexuel de la relation fût une preuve portant sur des « cas particuliers d’activité sexuelle », elle n’était pas « en rapport avec un élément de la cause ».

[5] Une demande fondée sur l’art. 276 exige que l’accusé indique expressément une utilisation de la preuve apportée qui ne fait pas appel au raisonnement fondé sur les deux mythes. Autrement dit, la pertinence est la clé qui permet de lever l’obstacle en matière de preuve, ce qui fait en sorte que le juge peut prendre en compte les facteurs énumérés au par. 276(3) et décider s’il y a lieu d’admettre la preuve. Pour satisfaire aux exigences de l’art. 276, il ne suffit pas de simplement affirmer que la preuve a un lien avec le contexte, le récit ou la crédibilité. La preuve en l’espèce n’aurait pas dû être admise et un nouveau procès est nécessaire. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[6] M. Goldfinch et la plaignante se sont rencontrés, se sont fréquentés et ont vécu ensemble pendant sept ou huit mois, après quoi la plaignante a mis fin à la relation. Au cours des mois qui ont suivi, ils ont repris contact. Bien que chacun ait décrit leur relation de diverses manières, les deux ont finalement convenu qu’ils pouvaient la qualifier de relation [TRADUCTION] d’« amis-amants ».

[7] Le soir du 28 mai 2014, la plaignante a téléphoné à M. Goldfinch, qui s’est ensuite rendu chez elle en voiture, puis l’a ramenée chez lui. M. Goldfinch a témoigné qu’elle l’avait appelé quelques jours plus tôt pour lui demander du [TRADUCTION] « sexe pour

sex”, something the complainant couldn’t remember if she had done. Goldfinch stated that he did not “100 percent” expect to have sex that evening, “but that was our routine” (A.R., vol. III, at p. 228). In his view, this was a “typical evening” in that the complainant “would call in the middle of the night, want to come over, and we’d end up going to bed together” (A.R., vol. III, at p. 201).

[8] Goldfinch lived in the basement of a small, older home which he shared with a roommate. After arriving at the house, Goldfinch and the complainant shared drinks and conversation with the roommate while watching television. Goldfinch testified that, during this time, he mouthed “I’m going to fuck you” to the complainant. He says she responded with a smile. The complainant couldn’t remember whether this exchange had occurred, but acknowledged that it might have.

[9] A few minutes later, Goldfinch invited the complainant to go downstairs. The complainant testified that she told Goldfinch “nothing was going to happen”, meaning that she did not wish to have sex. Goldfinch denies ever hearing this.

[10] Downstairs, the two sat on a couch together. At some point, they shared a consensual kiss. After the kiss, Goldfinch suggested that they go to bed.

[11] From this point on, the two accounts of the evening diverged radically.

[12] According to Goldfinch, after the consensual kiss, he followed the complainant into his bedroom where they each removed their own clothes. He and the complainant then discussed which side of the bed they wished to sleep on. Following this discussion, the two engaged in consensual foreplay and brief intercourse. He fell asleep and, hours later, she woke him up complaining that he had struck her on the head in his sleep. He was annoyed, told her to leave and called a taxi using her phone.

son anniversaire », ce que la plaignante n’était pas capable de se rappeler avoir fait ou non. M. Goldfinch a indiqué qu’il ne s’attendait pas « totalement » à avoir une relation sexuelle ce soir-là, « mais c’était ce qu’ils faisaient habituellement » (d.a., vol. III, p. 228). Selon lui, il s’agissait d’une « soirée typique », en ce sens que la plaignante « appelait au milieu de la nuit, voulait venir faire un tour et on finissait par coucher ensemble » (d.a., vol. III, p. 201).

[8] M. Goldfinch habitait au sous-sol d’une vieille petite maison qu’il partageait avec un colocataire. Après leur arrivée à la maison, M. Goldfinch et la plaignante ont bu de l’alcool et discuté avec le colocataire, tout en regardant la télévision. M. Goldfinch a témoigné que, durant cette période, il a articulé en silence à la plaignante [TRADUCTION] « je vais te baiser ». Il a affirmé qu’elle lui avait répondu par un sourire. La plaignante ne pouvait pas se rappeler si cet échange s’était produit, mais a reconnu que c’était possible.

[9] Quelques minutes plus tard, M. Goldfinch a invité la plaignante à descendre au sous-sol. La plaignante a témoigné qu’elle avait dit à M. Goldfinch qu’il n’allait [TRADUCTION] « rien se passer », c’est-à-dire qu’elle ne souhaitait pas avoir de relation sexuelle. M. Goldfinch nie avoir entendu ces paroles.

[10] Au sous-sol, les deux se sont assis ensemble sur un canapé. À un certain moment, ils se sont embrassés de façon consensuelle. Après le baiser, M. Goldfinch a proposé qu’ils aillent au lit.

[11] À partir de ce moment, les deux récits de la soirée divergent radicalement.

[12] Selon M. Goldfinch, après le baiser consensuel, il a suivi la plaignante dans sa chambre à lui, où chacun s’est déshabillé. Ils ont ensuite eu une discussion concernant le côté du lit où chacun voulait se coucher. Après cette discussion et à la suite de préliminaires consensuels, ils ont eu une brève relation sexuelle. M. Goldfinch s’est endormi et, quelques heures plus tard, la plaignante l’a réveillé pour se plaindre qu’il l’avait frappée à la tête pendant son sommeil. Agacé, il lui a dit de partir, puis a appelé un taxi avec le téléphone de la plaignante.

[13] The complainant testified that she responded to Goldfinch’s invitation by telling him she did not want to have sex. He then grabbed her arm and dragged her into the bedroom. She explained that Goldfinch’s demeanour changed, “[j]ust like something snapped” (A.R., vol. II, at p. 88), and she felt scared. She removed her clothes because he told her to. He pushed her onto the bed, struck her in the face, pushed her shoulder so hard that she believed her arm was broken, and told her “he was going to have [her], just like everyone else” (A.R., vol. II, at p. 91). Following the assault, she dressed and called a taxi from her cell phone. She called the police shortly after she arrived back at her home. Both the responding officer and a forensics officer who met the complainant at the hospital confirmed swelling on her left cheek and elbow.

II. History of the Proceedings

A. *The Voir Dire, Pentelechuk J. — Court of Queen’s Bench of Alberta, 140600008Q1, January 23, 2017*

[14] The defence requested a *voir dire* to determine if evidence that the complainant and Goldfinch were “friends with benefits” was admissible under s. 276 of the *Criminal Code*, submitting that it was highly artificial to describe the relationship without reference to sexual activity. Counsel advanced that Goldfinch did not intend to rely on twin-myth inferences, but failed to identify any *other* inference or relevant use beyond “context”. The Crown was willing to adduce evidence that the two knew each other for four to five years, dated and lived together for seven to eight months, and then broke up. The Crown was also prepared to adduce evidence that the two remained friends and that the complainant would occasionally come to Goldfinch’s house and stay overnight.

[15] The trial judge accepted that “friends with benefits” meant that “they were friends who . . . from

[13] La plaignante a témoigné avoir répondu à l’invitation de M. Goldfinch en lui disant qu’elle ne voulait pas avoir de relation sexuelle. Il lui a alors saisi le bras et l’a entraînée dans la chambre. Elle a expliqué que le comportement de M. Goldfinch a changé, [TRADUCTION] « [c]omme si quelque chose s’était brisé » (d.a., vol. II, p. 88), et qu’elle avait eu peur. Elle s’est déshabillée parce qu’il lui a dit de le faire. Il l’a poussée sur le lit, l’a frappée au visage, a poussé son épaule si fort qu’elle a cru que son bras s’était cassé et lui a dit qu’« il allait [l’]avoir, comme tous les autres » (d.a., vol. II, p. 91). Après l’agression, elle s’est habillée et a appelé un taxi avec son cellulaire. Elle a appelé la police peu après son retour chez elle. L’agent qui a répondu à l’appel et l’agent en criminalistique qui a rencontré la plaignante à l’hôpital ont confirmé que sa joue et son coude gauches étaient enflés.

II. Historique judiciaire

A. *Voir-dire, la juge Pentelechuk — Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 140600008Q1, 23 janvier 2017*

[14] La défense a demandé la tenue d’un voir-dire pour que le tribunal établisse si la preuve que la plaignante et M. Goldfinch étaient des « amis-amants » était admissible au titre de l’art. 276 du *Code criminel*, faisant valoir qu’il était fort artificiel de décrire la relation sans mentionner les activités sexuelles. La procureure a affirmé que M. Goldfinch n’avait pas l’intention de s’appuyer sur des inférences fondées sur les deux mythes, mais elle n’a indiqué aucune *autre* inférence ou utilisation pertinente de la preuve, mise à part celle visant à établir le « contexte ». La Couronne était disposée à présenter une preuve selon laquelle la plaignante et M. Goldfinch se connaissaient depuis quatre à cinq ans, qu’ils s’étaient fréquentés et avaient vécu ensemble pendant sept à huit mois, et qu’ils avaient ensuite rompu. La Couronne était également prête à présenter une preuve indiquant qu’ils étaient restés amis et que la plaignante allait parfois chez M. Goldfinch et y passait la nuit.

[15] La juge du procès a reconnu que des [TRADUCTION] « amis-amants » sont « des amis qui [. . .]

time to time got together to have sex” (A.R., vol. I, at p. 10). She agreed that keeping this evidence from the jury would lend an element of artificiality to the proceedings and harm Goldfinch’s right to make full answer and defence. She concluded this “relatively benign” evidence would not “prejudice the complainant’s personal dignity, right to privacy, or personal security” if admitted in this limited form.

B. *The Trial, Pentelechuk J. — Court of Queen’s Bench of Alberta, 140600008Q1, February 9, 2017*

[16] The trial unfolded before a jury over four days in February 2017.

[17] Before examining the complainant, Crown counsel sought clarification regarding the permissible scope of questioning with respect to previous sexual activity, noting that she would not have led this evidence had the s. 276 application not been granted. The trial judge stated that she had envisioned that the “contextual information” identified in the *voir dire* would be reduced to an agreed statement of facts. But, because the parties had not done so, the trial judge reiterated her expectation that any questioning would be “extremely limited”, following “fairly narrow confines for the purposes of context and to simply let the jury know the nature of the relationship” (A.R., vol. II, at p. 53).

[18] During direct examination, the complainant initially denied that she and Goldfinch were ever “more than just friends” following their breakup. Shortly thereafter, however, she admitted that she *had* been to Goldfinch’s bedroom to have sex on “various” dates for “quite awhile [*sic*]” after the relationship ended (A.R., vol. II, at p. 81).

[19] Before the cross-examination began, counsel for Goldfinch also sought clarification regarding the permissible scope of questioning. The trial judge agreed that the Crown had opened the evidentiary door and gave the defence permission to ask

se rencontrent à l’occasion pour avoir des relations sexuelles » (d.a., vol. I, p. 10). Elle a convenu que de ne pas présenter cette preuve au jury conférerait un élément d’artificialité à l’instance et porterait atteinte au droit de M. Goldfinch à une défense pleine et entière. Elle a conclu que cette preuve « relativement inoffensive » ne « porterait pas atteinte à la dignité, au droit à la vie privée ou à la sécurité de la plaignante » si elle était admise sous cette forme limitée.

B. *Procès, la juge Pentelechuk — Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 140600008Q1, 9 février 2017*

[16] Le procès, qui a duré quatre jours, s’est déroulé devant jury en février 2017.

[17] Avant d’interroger la plaignante, la procureure de la Couronne a demandé des précisions quant à la portée permise des questions concernant les activités sexuelles antérieures, et a souligné qu’elle n’aurait pas présenté cette preuve si la demande fondée sur l’art. 276 n’avait pas été accueillie. La juge du procès a indiqué que selon ce qu’elle avait prévu, les [TRADUCTION] « renseignements contextuels » identifiés lors du voir-dire se résumeraient à un exposé conjoint des faits. Toutefois, comme les parties n’en avaient pas présenté, la juge du procès a rappelé qu’elle s’attendait à ce que les questions soient « extrêmement limitées », qu’elles respectent « des limites assez étroites à des fins de mise en contexte et qu’elles visent simplement à informer le jury de la nature de la relation » (d.a., vol. II, p. 53).

[18] Durant l’interrogatoire principal, la plaignante a d’abord nié que M. Goldfinch et elle avaient déjà été [TRADUCTION] « plus que juste des amis » après leur rupture. Peu après, cependant, elle a admis qu’elle *était* allée dans la chambre de M. Goldfinch pour avoir des relations sexuelles à « diverses » dates, pendant « un bon bout de temps » après la fin de leur relation (d.a., vol. II, p. 81).

[19] Avant le début du contre-interrogatoire, l’avocate de M. Goldfinch a également demandé des précisions sur la portée permise des questions. La juge du procès a convenu que la Couronne avait ouvert la porte à des questions relatives à la preuve, et a donc

questions regarding “the number of times, the time frame relative to the relationship proper breaking up, and the last occasion prior to these alleged offences” (A.R., vol. II, at p. 112). During cross-examination, when defence counsel suggested the two had slept together “dozens of times”, the complainant estimated they had slept together 15 times following the breakup.

[20] Following the complainant’s testimony, the trial judge gave this limiting instruction to the jury:

You have heard evidence that [the complainant] and Mr. Goldfinch dated and then briefly lived together. At some point after that relationship ended, [the complainant] and Mr. Goldfinch did on occasion get together and have sexual relations. This evidence provides you with some context for their relationship, but you must not use this evidence to help you decide that because [the complainant] and Mr. Goldfinch had sexual relations in the past, that [the complainant] is more likely to have consented to Mr. — consented to what Mr. Goldfinch is alleged to have done on May 29th, 2014, and you must also not use that evidence to help you decide that because [the complainant] and Mr. Goldfinch had sexual relations in the past that she is less believable or reliable as a witness in this case, all right? Thank you.

(A.R., vol. II, at p. 148)

[21] Goldfinch repeatedly testified — both in-chief and in cross-examination — to the frequency of his previous sexual interactions with the complainant, characterizing the evening as “typical” or “routine”, indicating he had “had her many times”, and stating that “when we’re together, [sex] was expected, I guess, from both of us” (A.R., vol. III, at pp. 203 and 227).

[22] During her final jury charge, the trial judge gave extensive instructions regarding consent, highlighting that consent must be contemporaneous and concerns only the subjective state of mind of the complainant. She reiterated the same limiting instruction she had given mid-trial, clarifying that while the jury could not use the evidence of sexual activity to infer

permis à la défense de poser des questions concernant [TRADUCTION] « le nombre de fois, la période visée par rapport à la véritable rupture et la dernière relation avant les infractions reprochées » (d.a., vol. II, p. 112). Pendant le contre-interrogatoire, lorsque l’avocate de la défense a suggéré qu’ils avaient couché ensemble des « dizaines de fois », la plaignante a estimé qu’ils avaient couché ensemble 15 fois après la rupture.

[20] À la suite du témoignage de la plaignante, la juge du procès a donné au jury la directive restrictive suivante :

[TRADUCTION] Vous avez entendu des témoignages selon lesquels [la plaignante] et M. Goldfinch se sont fréquentés et ont brièvement vécu ensemble. Quelque temps après la fin de cette relation, [la plaignante] et M. Goldfinch se sont revus à l’occasion et ont eu des relations sexuelles. Cette preuve donne un certain contexte à leur relation; toutefois, elle ne doit pas vous amener à conclure que, parce que [la plaignante] et M. Goldfinch ont eu des relations sexuelles dans le passé, [la plaignante] est plus susceptible d’avoir consenti à M. — consenti à ce que M. Goldfinch aurait fait le 29 mai 2014, et vous ne devez pas non plus vous servir de cette preuve pour conclure que, parce que [la plaignante] et M. Goldfinch ont eu des relations sexuelles dans le passé, elle est un témoin moins crédible ou moins fiable dans la présente affaire, d’accord? Merci.

(d.a., vol. II, p. 148)

[21] M. Goldfinch a maintes fois fait état — autant lors de l’interrogatoire principal que du contre-interrogatoire — de la fréquence de ses rapports sexuels antérieurs avec la plaignante, qualifiant la soirée de [TRADUCTION] « typique » ou d’« habituelle », indiquant qu’il « l’avait eue à plusieurs reprises » et déclarant : « lorsque nous étions ensemble, nous nous attendions à [du sexe], tous les deux, je pense » (d.a., vol. III, p. 203 et 227).

[22] Lors de son exposé final au jury, la juge du procès a donné des directives détaillées sur la notion de consentement, soulignant que celui-ci doit être concomitant et qu’il ne s’attache qu’à l’état d’esprit subjectif de la plaignante. Elle a réitéré la même directive restrictive qu’elle avait donnée au cours du procès, précisant que, bien que le jury ne puisse pas

that the complainant was less believable or reliable, it could consider any contradictions regarding the nature of the relationship in assessing the complainant's general credibility.

[23] The jury found Goldfinch not guilty of sexual assault.

C. *The Alberta Court of Appeal, McDonald and Streckf JJA., Berger J.A. Dissenting — 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22*

[24] The Crown appealed Goldfinch's acquittal on a question of law pursuant to s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. Section 276.5 of the *Criminal Code* provides that a determination respecting the admissibility of sexual activity evidence is a question of law. The majority, McDonald and Streckf JJA., characterized the Crown's appeal as follows:

The Crown appellant submits that the trial judge erred in law by admitting the evidence, pursuant to section 276 of the *Criminal Code*, of the prior sexual relationship between [Goldfinch] and the complainant. [para. 14]

[25] The majority held that finding evidence provides "context" is insufficient to demonstrate relevance for the purposes of s. 276(2). Thus, they concluded that the trial judge failed to connect the relationship evidence to any issue relevant to Goldfinch's defence. The majority also rejected the argument that the evidence was relevant to Goldfinch's credibility or as "context". In their view, permitting the defence to lead evidence of previous sexual activity to prevent the jury from concluding that consent was *unlikely* was no different from admitting that same evidence to establish that the complainant was *more likely* to consent. Given the admissions the Crown had been willing to make, there was no risk that the jury would be misled into thinking Goldfinch and the complainant were strangers. The only inferences to be drawn from the evidence of prior sexual activity could be those relying on the twin myths. In the majority's view, limiting instructions could not cure the fact that the jury had heard inadmissible evidence for which there

utiliser la preuve concernant les activités sexuelles pour inférer que la plaignante était moins crédible ou moins fiable, il pouvait tenir compte de toute contradiction quant à la nature de la relation pour évaluer la crédibilité générale de la plaignante.

[23] Le jury a déclaré M. Goldfinch non coupable d'agression sexuelle.

C. *Cour d'appel de l'Alberta, les juges McDonald et Streckf; le juge Berger, dissident — 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22*

[24] La Couronne a porté en appel le verdict d'acquiescement de M. Goldfinch sur une question de droit en vertu de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*. L'article 276.5 du *Code criminel* prévoit que l'admissibilité d'une preuve concernant une activité sexuelle est une question de droit. Voici comment les juges majoritaires, les juges McDonald et Streckf, ont qualifié l'appel intenté par la Couronne :

[TRADUCTION] La Couronne, appelante en l'espèce, soutient que la juge du procès a commis une erreur de droit en admettant, au titre de l'art. 276 du *Code criminel*, la preuve d'une relation antérieure à caractère sexuel entre [M. Goldfinch] et la plaignante. [par. 14]

[25] Les juges majoritaires ont conclu que le fait que la preuve fournisse une [TRADUCTION] « mise en contexte » ne suffit pas pour démontrer qu'elle est en rapport avec un élément de la cause pour l'application du par. 276(2). Ils ont donc conclu que la juge du procès n'avait pas cerné de lien entre la preuve de la relation et tout élément utile pour la défense de M. Goldfinch. Les juges majoritaires ont aussi rejeté l'argument selon lequel la preuve était pertinente pour établir la crédibilité de M. Goldfinch ou pour une « mise en contexte ». À leur avis, il n'y avait aucune différence entre permettre à la défense de présenter une preuve concernant des activités sexuelles antérieures de la plaignante pour éviter que le jury conclue que celle-ci était *peu susceptible* d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation, et admettre cette même preuve pour établir que la plaignante était *plus susceptible* d'avoir consenti à une telle activité. Compte tenu des faits que la Couronne était prête à admettre, il n'y avait aucun

was no permissible use. They allowed the appeal and ordered a new trial.

[26] Berger J.A., writing in dissent, accepted that the evidence was not adduced to support the twin myths. He found that the trial judge had properly exercised her discretion in admitting what she characterized as “relatively benign” evidence in order to preclude misapprehensions on the part of the jury. In his view, Goldfinch’s right to make full answer and defence required a “candid revelation of the true nature of the relationship” (para. 67). For Berger J.A., it was better to trust the jury to rely on the limiting instructions mandated for evidence admitted under s. 276 than to leave the jury to speculate on what lay beneath Crown admissions for which no such instructions would be required.

III. Analysis

[27] This case asks whether evidence of a relationship with an implicit sexual component engages s. 276 of the *Criminal Code* and, if so, when such evidence may be admitted.

A. *Section 276: Text, History and Objectives*

[28] Section 276² balances a number of trial fairness considerations, seeking to exclude evidence known to distort the fact-finding process while pro-

² On December 13, 2018, Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018, received royal assent. This Act makes minor amendments to “clarify” the application of s. 276. They do not apply to the case at bar. Nor do they affect the analysis in this case.

risque que le jury soit amené à croire, à tort, que M. Goldfinch et la plaignante ne se connaissaient pas. Les seules inférences pouvant être tirées de la preuve concernant des activités sexuelles antérieures de la plaignante étaient celles reposant sur les deux mythes. De l’avis des juges majoritaires, des directives restrictives ne pouvaient pas remédier au fait que le jury avait entendu une preuve inadmissible pour laquelle aucune utilisation n’était permise. Ils ont accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[26] Le juge Berger, dissident, a reconnu que la preuve n’avait pas été présentée à l’appui des deux mythes. Il a conclu que la juge du procès avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en admettant une preuve qu’elle a qualifiée de « relativement inoffensive » afin d’éviter les interprétations erronées de la part du jury. À son avis, le droit de M. Goldfinch à une défense pleine et entière exigeait que [TRADUCTION] « la véritable nature de la relation soit révélée » (par. 67). Pour lui, il était préférable de croire que le jury s’appuierait sur les directives restrictives imposées à l’égard de la preuve admise au titre de l’art. 276 plutôt que de laisser celui-ci conjecturer sur ce qui se cachait derrière les faits admis par la Couronne, pour lesquels aucune directive n’aurait été nécessaire.

III. Analyse

[27] En l’espèce, il s’agit d’établir si la preuve d’une relation ayant une composante sexuelle implicite fait intervenir l’art. 276 du *Code criminel* et, le cas échéant, dans quelles circonstances une telle preuve peut être admise.

A. *Article 276 : libellé, historique et objectifs*

[28] L’article 276³ met en balance diverses considérations liées à l’équité du procès; il vise à exclure les éléments de preuve connus pour fausser le pro-

³ Le 13 décembre 2018, le projet de loi C-51, la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2018, a reçu la sanction royale. Cette loi apporte des modifications mineures visant à « clarifier » l’application de l’art. 276. Ces modifications ne s’appliquent pas en l’espèce, et n’ont aucune incidence sur l’analyse dans la présente affaire.

protecting the rights of both the accused and the complainant:

276 (1) In proceedings in respect of [various sexual offences], evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

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

(b) is less worthy of belief.

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

(a) is of specific instances of sexual activity;

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

cessus de détermination des faits, tout en protégeant les droits de l'accusé et de la plaignante :

276 (1) Dans les poursuites pour [diverses infractions d'ordre sexuel], la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est :

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

b) soit moins digne de foi.

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

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

b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

d) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

[29] Section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the right "to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". This guarantee includes the accused's right to make full answer and defence, itself crucial to ensuring that the innocent are not convicted (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 69 and 76).

[30] For this reason, the law of criminal evidence begins with the general principle that all relevant and material evidence is admissible. The right to a fair trial does not, however, guarantee the most favourable procedures imaginable: the accused's right to make full answer and defence is not automatically breached whenever relevant evidence is excluded (*R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 64; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at para. 24; *Mills*, at para. 75). A fair trial also requires that no party be allowed to distort the process by producing irrelevant or prejudicial evidence (*Darrach*, at para. 24).

[31] A person's general character and past behaviour provide context for understanding specific events (*R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 39). However, such evidence often draws on pejorative or judgmental generalizations (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 54). This is problematic because "[b]ad character is not an offence known to the law" (*Handy*, at para. 72). Our legal system neither punishes nor

[29] L'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'accusé le droit « d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ». Cette garantie comprend le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, lequel est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69 et 76).

[30] Pour cette raison, le principe général selon lequel toute preuve pertinente et substantielle est admissible constitue le fondement du droit de la preuve en matière criminelle. Le droit à un procès équitable ne garantit toutefois pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer : il n'y a pas automatiquement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière lorsqu'une preuve pertinente est exclue (*R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 64; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 24; *Mills*, par. 75). Un procès équitable exige également qu'aucune partie ne puisse dénaturer le processus en produisant des éléments de preuve non pertinents ou préjudiciables (*Darrach*, par. 24).

[31] La moralité générale d'une personne et son comportement antérieur fournissent le contexte nécessaire à la compréhension de certains événements (*R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 39). Or, une telle preuve repose souvent sur des généralisations fondées sur un préjugé ou un jugement de valeur (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd. 2015), p. 54). Cela pose problème, car la « mauvaise moralité n'est pas une

protects people on the basis of lifestyle, character or reputation. To protect against propensity reasoning, trial judges must balance the probative value of such evidence against its prejudicial effects.

[32] As a general rule, evidence led by the defence is excluded only where the potential prejudice *substantially* outweighs its probative value (*R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475, at para. 19; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611). Moreover, because only the accused is being judged at trial, exclusionary rules generally do not prevent the accused from adducing evidence of another person's bad character (Paciocco and Stuesser, at p. 98).

[33] Historically, no limits were placed on the defence's ability to adduce evidence of a complainant's prior sexual activities. Such evidence was routinely used to malign "the character of the complainant, distort the trial process, and undermine the ability of the criminal justice system to effectively and fairly try sexual allegations" (*R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71, at para. 79). Subjecting the complainant to humiliating or prolonged examination and exploiting assumptions about "communication, dress, revenge, marriage, prior sexual history, therapy, lack of resistance and delayed disclosure" was commonplace (D. M. Tanovich, "Whack' No More: Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases" (2015), 45 *Ottawa L. Rev.* 495, at pp. 498-99).³ These tactics shifted the focus away from the accused and essentially put the *complainant* on trial.

[34] In 1982, Parliament enacted a blanket exclusion of *all* evidence of sexual activity, subject to

³ *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 173, and *Mills*, at para. 90, take up this phrase coined by Cristin Schmitz in "Whack' sex assault complainant at preliminary inquiry" published in *The Lawyers Weekly*, vol. 8, No. 5, in May 1988.

infraction en droit » (*Handy*, par. 72). Notre système juridique ne punit ni ne protège les gens en fonction de leur style de vie, de leur moralité ou de leur réputation. Le juge du procès doit mettre en balance la valeur probante d'une telle preuve et ses effets préjudiciables afin de protéger le procès contre le raisonnement fondé sur la pension.

[32] En règle générale, la preuve présentée par la défense ne sera écartée que si son effet préjudiciable potentiel l'emporte *sensiblement* sur sa valeur probante (*R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 19; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 611). De plus, comme seul l'accusé est jugé au procès, les règles d'exclusion ne l'empêchent généralement pas de présenter une preuve de la mauvaise moralité d'une autre personne (Paciocco et Stuesser, p. 98).

[33] Dans le passé, aucune limite ne restreignait la capacité de la défense à présenter une preuve concernant des activités sexuelles antérieures de la plaignante. Une telle preuve était couramment utilisée pour attaquer [TRADUCTION] « la moralité de la plaignante, dénaturer le processus judiciaire et miner la capacité du système de justice criminelle à juger efficacement et équitablement des allégations d'ordre sexuel » (*R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71, par. 79). Il était courant de soumettre la plaignante à un interrogatoire humiliant ou prolongé et de recourir à des idées reçues portant sur [TRADUCTION] « la communication, la tenue vestimentaire, la vengeance, le mariage, le passé sexuel, la thérapie, l'absence de résistance et la divulgation tardive » (D. M. Tanovich, « "Whack" No More : Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases » (2015), 45 *R.D. Ottawa* 495, p. 498-499⁴). Ces stratégies dirigeaient l'attention ailleurs que sur l'accusé et faisaient essentiellement subir un procès à la *plaignante*.

[34] En 1982, le Parlement a adopté des dispositions prévoyant l'exclusion générale de *toute* preuve

⁴ *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 173, et *Mills*, par. 90, reprennent cette expression que M^{me} Cristin Schmitz a utilisée pour la première fois en ce sens dans son article « "Whack" sex assault complainant at preliminary inquiry » publié dans *The Lawyers Weekly*, vol. 8, n° 5, en mai 1988.

limited exceptions. The provisions were intended to counter the twin myths that women with sexual experience are more likely to consent to sexual activity or are less worthy of belief. Because sexual assault was highly gendered and underreported, Parliament also sought to encourage the reporting of sexual crimes (*Seaboyer*, at p. 606, per McLachlin J., and pp. 648-50, per L'Heureux-Dubé J., dissenting in part).

[35] In *Seaboyer*, this Court struck down that blanket exclusion, holding that Parliament had cast the net too wide, impairing the accused's right to a fair trial. Improperly excluded evidence critical to the defence included evidence going to: (i) honest but mistaken belief in consent, (ii) bias or motive to fabricate on the part of the complainant, (iii) physical conditions establishing the use of force, and (iv) evidence of a consistent *modus operandi* such as threatening to accuse someone of rape as a means of extortion (*Seaboyer*, at pp. 613-16).

[36] Parliament responded to this Court's ruling in *Seaboyer* by essentially codifying the case's principles in s. 276 of the *Criminal Code* because "at trials of sexual offences, evidence of the complainant's sexual history is rarely relevant and . . . its admission should be subject to particular scrutiny" (Preamble, Bill C-49, *An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, 3rd Sess., 34th Parl., 1992). Parliament's recent amendments — reaffirming the exclusion of evidence relying on the twin myths — reinforce the provision's continued importance.

[37] The mischief Parliament sought to address in enacting s. 276 remains with us today. Sexual assault is *still* among the most highly gendered and underreported crimes (J. Desrosiers and G. Beausoleil-Allard, *L'agression sexuelle en droit canadien* (2nd ed. 2017), at pp. 41-42). Even hard-fought battles to stop sexual assault in the workplace remain ongoing (compare, e.g., K. Lippel, "Conceptualising Violence at Work

concernant une activité sexuelle, sous réserve d'exceptions limitées. Ces dispositions visaient à contre-carrer les deux mythes selon lesquels les femmes ayant de l'expérience sexuelle seraient plus susceptibles de consentir à une activité sexuelle ou qu'elles seraient moins dignes de foi. Comme les agressions sexuelles étaient étroitement liées au genre et largement sous-dénoncées, le Parlement a également cherché à encourager la dénonciation des crimes sexuels (*Seaboyer*, p. 606, la juge McLachlin, et p. 648-650, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie).

[35] Dans *Seaboyer*, la Cour a annulé cette exclusion générale, concluant que le Parlement avait ratissé trop large, portant ainsi atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Les éléments de preuve écartés à tort qui étaient essentiels à la défense comprenaient ceux se rapportant à : (i) une croyance sincère mais erronée au consentement; (ii) un préjugé ou un motif de fabrication d'une preuve par la plaignante; (iii) des faits matériels établissant l'usage de la force; et (iv) un *modus operandi* constant, par exemple le fait de menacer d'accuser une personne de viol afin de l'extorquer (*Seaboyer*, p. 613-616).

[36] Le Parlement a donné suite à la décision de la Cour dans l'arrêt *Seaboyer* en codifiant en grande partie les principes de cet arrêt à l'art. 276 du *Code criminel* parce que « lors des procès pour infraction d'ordre sexuel, la preuve relative au comportement sexuel antérieur du plaignant est rarement pertinente et [. . .] son admission devrait être examinée avec précaution » (préambule, projet de loi C-49, *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, 3^e sess., 34^e lég., 1992). Les récentes modifications adoptées par le Parlement — qui confirment l'exclusion d'éléments de preuve fondés sur les deux mythes — renforcent l'importance que revêt toujours la disposition.

[37] La situation préjudiciable à laquelle le Parlement a voulu remédier en adoptant l'art. 276 est toujours d'actualité. Les agressions sexuelles comptent *encore* parmi les crimes les plus genrés et les moins dénoncés (J. Desrosiers et G. Beausoleil-Allard, *L'agression sexuelle en droit canadien* (2^e éd. 2017), p. 41-42). Même les luttes acharnées visant à mettre fin aux agressions sexuelles en milieu de travail sont

Through A Gender Lens: Regulation and Strategies for Prevention and Redress” (2018), 1 *U of OxHRH J* 142, and C. Backhouse, “Sexual Harassment: A Feminist Phrase That Transformed the Workplace” (2012), 24 *C.J.W.L.* 275). As time passes, our understanding of the profound impact sexual violence can have on a victim’s physical and mental health only deepens. Parliament enacted s. 276 to address concrete social prejudices that affect trial fairness as well as the concrete harms caused to the victims of sexual assault. Throughout their lives, survivors may experience a constellation of physical and psychological symptoms including: high rates of depression; anxiety, sleep, panic and eating disorders; substance dependence; self-harm and suicidal behaviour.⁴ A recent Department of Justice study estimated the costs of sexual assault at approximately \$4.8 billion in 2009, an astonishing \$4.6 billion of which related to survivors’ medical costs, lost productivity (due in large part to mental health disability), and costs from pain and suffering.⁵ The harm caused by sexual assault, and society’s biased reactions to that harm, are not relics of a bygone Victorian era.

[38] It is against this backdrop that s. 276 must be interpreted and applied.

B. *Examining Relationship Evidence Under Section 276*

[39] Section 276 protects the integrity of the trial process by striking a balance between the dignity and privacy of complainants and the right of accused

toujours en cours (comparons, par exemple, K. Lippe, « Conceptualising Violence at Work Through A Gender Lens : Regulation and Strategies for Prevention and Redress » (2018), 1 *U of OxHRH J* 142, et C. Backhouse, « Sexual Harassment : A Feminist Phrase That Transformed the Workplace » (2012), 24 *R.D.F.* 275). Avec le temps, nous comprenons de mieux en mieux les répercussions profondes que la violence sexuelle peut avoir sur la santé physique et mentale d’une victime. Le Parlement a adopté l’art. 276 pour s’attaquer aux préjugés sociaux réels qui nuisent à l’équité du procès ainsi qu’aux préjugés réels que subissent les victimes d’agression sexuelle. Tout au long de leur vie, celles-ci peuvent souffrir d’une multitude de symptômes physiques et psychologiques : dépression (dans une forte proportion); troubles d’anxiété, troubles du sommeil, crises de panique et troubles alimentaires; toxicomanie; troubles d’automutilation et comportements suicidaires⁵. Selon une récente étude menée par le ministère de la Justice, on estime que les agressions sexuelles ont coûté environ 4,8 milliards de dollars en 2009, dont une part stupéfiante de 4,6 milliards de dollars est liée aux frais médicaux, à la perte de productivité (largement attribuable à une incapacité pour des raisons de santé mentale) et aux coûts des souffrances et douleurs des victimes⁶. Le préjudice causé par une agression sexuelle, ainsi que les réactions tendancieuses de la société à l’égard de ce préjudice, ne sont pas des reliques d’une ère victorienne révolue.

[38] C’est dans ce contexte que l’art. 276 doit être interprété et appliqué.

B. *L’examen de la preuve de la relation sous le régime de l’art. 276*

[39] L’article 276 protège l’intégrité du processus judiciaire en établissant un équilibre entre la dignité et le droit à la vie privée des plaignantes et le droit

⁴ See, e.g., Department of Justice, Research and Statistics Division, *Health Impacts of Violent Victimization on Women and their Children* (2012); K.-L. Miller, “You Can’t Stop The Bell From Ringing.” *Protean, Unpredictable, And Persisting: The Victim Impact Statement In The Context Of Sexually Assaulted Women* (2015).

⁵ Department of Justice, Research and Statistics Division, *An Estimation of the Economic Impact of Violent Victimization in Canada, 2009* (2014).

⁵ Voir, p. ex., Ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *La victimisation avec violence : répercussions sur la santé des femmes et des enfants* (2012); K.-L. Miller, « You Can’t Stop The Bell From Ringing. » *Protean, Unpredictable, And Persisting : The Victim Impact Statement In The Context Of Sexually Assaulted Women* (2015).

⁶ Ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Estimation de l’incidence économique des crimes violents au Canada en 2009* (2014).

persons to make full answer and defence. This appeal asks us to examine that balance as it concerns evidence of a relationship from which sexual activity can reasonably be inferred.

[40] As Gonthier J. explained in *Darrach*, s. 276 is “designed to exclude irrelevant information and only that relevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative” (para. 43). Sections 276(1) and (2) operate together to achieve this objective. First, s. 276(1) sets out an absolute bar against introducing evidence of the complainant’s prior sexual activity for the purpose of drawing twin-myth inferences. Where an accused seeks to introduce such evidence for some other purpose, that evidence is presumptively inadmissible unless the accused satisfies s. 276(2). To do so, the accused must identify the evidence and its purpose with sufficient precision to allow the judge to apply s. 276(2) and weigh the factors set out in s. 276(3).

[41] I proceed by first considering when such evidence engages s. 276(1). I then address two requirements of s. 276(2) which require particular attention in this case:

- (a) Is the evidence of “specific instances of sexual activity”? and
- (b) What qualifies evidence as “relevant to an issue at trial”?

(1) Section 276(1)

[42] Turning to the first question, evidence of a relationship that implies sexual activity clearly engages s. 276(1).

[43] Section 276(1) bars evidence of a complainant’s previous sexual activity tendered to support the twin myths. Such evidence is “not probative of consent or credibility and can severely distort the trial process” (*Darrach*, at para. 33). In barring

des accusés à une défense pleine et entière. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à examiner cet équilibre en ce qui a trait à la preuve d’une relation de laquelle on peut raisonnablement inférer qu’il y a eu des activités sexuelles.

[40] Comme l’a expliqué le juge Gonthier dans l’arrêt *Darrach*, l’art. 276 « vise à exclure les renseignements non pertinents et [...] les renseignements pertinents dont l’effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice l’emporte sur leur valeur probante » (par. 43). Les paragraphes 276(1) et (2) s’appliquent ensemble pour atteindre cet objectif. Premièrement, le par. 276(1) interdit de façon absolue la présentation d’une preuve concernant une activité sexuelle antérieure de la plaignante dans le but de tirer des inférences fondées sur les deux mythes. Lorsqu’un accusé cherche à présenter une preuve de cette nature à une autre fin, celle-ci est présumée inadmissible à moins que l’accusé ne satisfasse aux exigences du par. 276(2). Pour ce faire, l’accusé doit indiquer la preuve et la fin à laquelle elle sera utilisée avec suffisamment de précision pour permettre au juge d’appliquer le par. 276(2) et de soupeser les facteurs énoncés au par. 276(3).

[41] Je commencerai par me demander quels sont les cas où la preuve fait intervenir le par. 276(1). Je me pencherai ensuite sur les deux exigences du par. 276(2) qui nécessitent une attention particulière en l’espèce :

- a) La preuve porte-t-elle sur des « cas particuliers d’activité sexuelle »?
- b) Qu’est-ce qui constitue une preuve qui « est en rapport avec un élément de la cause »?

(1) Paragraphe 276(1)

[42] En ce qui concerne la première question, la preuve d’une relation qui suppose des activités sexuelles fait manifestement intervenir le par. 276(1).

[43] Le paragraphe 276(1) interdit la présentation d’une preuve concernant une activité sexuelle antérieure de la plaignante pour étayer les deux mythes. Une telle preuve n’est « pas probant[e] quant au consentement ou à la crédibilité, et [elle] peu[t]

such inferences, the provision affirms the equality and dignity rights of complainants and aims to encourage reporting of sexual assault (Bill C-49). The risk that evidence of a relationship which implies sexual activity may be used to support twin-myth reasoning is clear.

[44] Consider the first myth: that a complainant's prior sexual activity may support an inference of consent in a particular instance. Rejection of this myth — and its link to relationships — is intimately connected to the modern understanding of consent. Until 1983, the fact that an accused was married to a complainant was sufficient to legitimize sexual assault; indeed, rape was defined as non-consensual sexual intercourse between a man and “a female person who is not his wife” (*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 143). Today, an accused may no longer argue that consent was implied by a relationship: contemporaneous, affirmatively communicated consent must be given for each and every sexual act (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at paras. 34 and 47; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at para. 27; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at paras. 90-94). Today, not only does no mean no, but only yes means yes. Nothing less than positive affirmation is required.

[45] Consider also the second myth: that previous sexual activity renders a complainant less worthy of belief or, by extension, of full protection of the law (*Barton*, at para. 201, per Moldaver J. and, at paras. 222 and 231, per Abella and Karakatsanis JJ.). Before this Court, Goldfinch advanced that social mores have changed such that being “unchaste” no longer discredits a complainant. However, this Court has held that the second myth is not limited to attitudes towards “unchaste” women (*Darrach*, at para. 33). Moreover, while sexual activity generally carries less stigma than it once did, complainants continue to be treated as less deserving of belief based on their previous sexual conduct. The notion that some complainants “invite” assault and, by

dénaturer gravement le procès » (*Darrach*, par. 33). En interdisant de telles inférences, la disposition confirme les droits à l'égalité et à la dignité des plaignantes et vise à encourager la dénonciation des agressions sexuelles (projet de loi C-49). Le risque que la preuve d'une relation supposant des activités sexuelles soit utilisée pour étayer un raisonnement fondé sur les deux mythes est évident.

[44] Prenons le premier mythe, selon lequel une activité sexuelle antérieure de la plaignante peut permettre d'inférer qu'elle a donné son consentement dans un cas précis. Le rejet de ce mythe — et de son lien avec les relations — est étroitement lié à la compréhension moderne du consentement. Jusqu'en 1983, le fait que l'accusé soit marié à la plaignante suffisait à rendre légitime une agression sexuelle; d'ailleurs, le viol était défini comme une relation sexuelle non consensuelle entre une personne du sexe masculin et « une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse » (*Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 143). Aujourd'hui, l'accusé ne peut plus faire valoir que le consentement était implicite compte tenu de la relation : chaque acte sexuel doit faire l'objet d'un consentement concomitant et communiqué (*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 34 et 47; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 27; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 90-94). Aujourd'hui, non veut dire non, et seul oui veut dire oui. Il ne faut rien de moins qu'une manifestation positive.

[45] Prenons également le second mythe, soit l'idée selon laquelle une activité sexuelle antérieure rend la plaignante moins digne de foi ou, par extension, moins digne de la plénitude de la protection de la loi (*Barton*, par. 201, le juge Moldaver, et par. 222 et 231, les juges Abella et Karakatsanis). Devant notre Cour, M. Goldfinch a affirmé que les mœurs sociales ont changé, si bien que le fait d'être [TRADUCTION] « non chastes » ne discrédite plus les plaignantes. Cependant, la Cour a statué que le second mythe ne se limite pas aux attitudes à l'égard des femmes « non chastes » (*Darrach*, par. 33). De plus, s'il est vrai que les activités sexuelles suscitent généralement moins de réprobation qu'autrefois, les plaignantes continuent d'être traitées comme si

inference, do not deserve protection persists both inside and outside our courtrooms (*R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245, at para. 128, cited in *Barton*, at para. 201, per Moldaver J. and, at para. 231, per Abella and Karakatsanis JJ.; see also E. Craig, *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (2018), at pp. 32 et seq.). This is implicit in the continued struggle to exclude inaccurate assumptions about what constitutes “typical” or “unusual” activity within a given relationship (see, e.g., E. Craig, “Section 276 Misconstrued: The Failure to Properly Interpret and Apply Canada’s Rape Shield Provisions” (2016), 94 *Can. Bar Rev.* 45, at p. 69; M. Randall, “Sexual Assault in Spousal Relationships, ‘Continuous Consent’, and the Law: Honest But Mistaken Judicial Beliefs” (2008), 32 *Man. L.J.* 144; C. Boyle, “Sexual Assault as Foreplay: Does *Ewanchuk* Apply to Spouses?” (2004), 20 C.R. (6th) 359). Finally, the suggestion that sexual assault is less harmful to those who are sexually active or in relationships is simply wrong (see, e.g., J. Koshan, “Marriage and Advance Consent to Sex: A Feminist Judgment in *R v JA*” (2016), 6:6 *Oñati Socio-legal Series* 1377 (online), at pp. 1387 and 1391).

[46] Even “relatively benign” relationship evidence must be scrutinized and handled with care. If the accused cannot point to a relevant use of the evidence *other than* the twin myths, mere assurances that evidence will not be used for those purposes are insufficient. This case highlights the dangers of accepting such assurances.

[47] In this case, the obvious implication of the evidence of an ongoing sexual relationship was that because the complainant had consented to sex with Goldfinch in the past, in similar circumstances, it was more likely she had consented on the night in question. As I set out in the sections that follow, the difficulty here was not that Goldfinch and the

elles étaient moins dignes de foi en raison de leur comportement sexuel antérieur. L’idée selon laquelle certaines plaignantes « incitent » à l’agression et, par inférence, ne méritent pas d’être protégées persiste tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de nos tribunaux (*R. c. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245, par. 128, cité dans *Barton*, par. 201, le juge Moldaver, et par. 231, les juges Abella et Karakatsanis; voir aussi E. Craig, *Putting Trials on Trial : Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (2018), p. 32 et suiv.). Cela ressort implicitement de la lutte constante qui est menée en vue de l’exclusion des idées reçues inexactes au sujet de ce qui constitue une activité « typique » ou « inhabituelle » dans le cadre d’une relation donnée (voir, p. ex., E. Craig, « Section 276 Misconstrued : The Failure to Properly Interpret and Apply Canada’s Rape Shield Provisions » (2016), 94 *R. du B. can.* 45, p. 69; M. Randall, « Sexual Assault in Spousal Relationships, “Continuous Consent”, and the Law : Honest But Mistaken Judicial Beliefs » (2008), 32 *Man. L.J.* 144; C. Boyle, « Sexual Assault as Foreplay : Does *Ewanchuk* Apply to Spouses? » (2004), 20 C.R. (6th) 359). Enfin, la thèse voulant que l’agression sexuelle soit moins préjudiciable à celles qui sont actives sexuellement ou qui entretiennent des relations est tout simplement erronée (voir, p. ex., J. Koshan, « Marriage and Advance Consent to Sex : A Feminist Judgment in *R v JA* » (2016), 6:6 *Oñati Socio-legal Series* 1377 (en ligne), p. 1387 et 1391).

[46] Même la preuve « relativement inoffensive » d’une relation doit être examinée attentivement et utilisée avec prudence. Si l’accusé ne peut indiquer aucune utilisation pertinente de la preuve *autre que* celle visant à étayer les deux mythes, la simple assurance que cette preuve ne sera pas utilisée à ces fins ne suffit pas. La présente affaire met en évidence les dangers que présente le fait de s’appuyer sur pareille assurance.

[47] Dans le cas qui nous occupe, la preuve de la relation à caractère sexuel continue visait manifestement à établir que parce que la plaignante avait consenti dans le passé à avoir des rapports sexuels avec M. Goldfinch dans des circonstances semblables, il était plus probable qu’elle ait consenti à avoir un rapport sexuel avec lui le soir en question.

complainant had a relationship, but that Goldfinch could point to no relevant use for evidence of the *sexual* nature of the relationship. Such an approach misapprehends the nature of consent and is barred by s. 276(1).

(2) Section 276(2)

[48] Taken as a whole, s. 276 seeks to protect the privacy of complainants, encourage the reporting of sexual offences and exclude evidence which fuels propensity reasoning. In pursuit of these goals, s. 276(2) presumptively bars evidence of the complainant's previous sexual activity.

[49] However, in certain circumstances, the accused's right to make full answer and defence requires that such evidence be admitted. Under s. 276(2), the accused must demonstrate that the evidence:

(a) is of specific instances of sexual activity;

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

[50] In determining whether these criteria are met, s. 276(3) requires judges to consider a number of factors. These include the accused's right to make full answer and defence, the need to remove discriminatory beliefs or biases from the fact-finding process, potential prejudice to the complainant's dignity and privacy, and the right of every individual to the full protection and benefit of the law.

[51] Bare assertions that such evidence will be relevant to context, narrative or credibility cannot satisfy

Comme je l'indique dans les sections qui suivent, la difficulté en l'espèce n'était pas liée au fait que M. Goldfinch et la plaignante entretenaient une relation, mais plutôt au fait que M. Goldfinch ne pouvait indiquer aucune utilisation pertinente de la preuve du caractère *sexuel* de la relation. Une telle approche résulte d'une compréhension erronée de la nature du consentement et est interdite par le par. 276(1).

(2) Paragraphe 276(2)

[48] Dans son ensemble, l'art. 276 vise à protéger le droit à la vie privée des plaignantes, à encourager la dénonciation des infractions sexuelles et à exclure les éléments de preuve qui alimentent le raisonnement fondé sur la propension. Dans la poursuite de ces objectifs, le par. 276(2) établit une présomption d'inadmissibilité de la preuve concernant une activité sexuelle antérieure de la plaignante.

[49] Cependant, dans certaines circonstances, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière exige qu'une telle preuve soit admise. Conformément au par. 276(2), l'accusé doit démontrer :

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

(b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

(c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

[50] Pour décider s'il est satisfait à ces critères, le juge doit, comme l'exige le par. 276(3), prendre en considération un certain nombre de facteurs, qui comprennent notamment le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la nécessité d'écarter du processus de détermination des faits les opinions ou préjugés discriminatoires, le risque d'atteinte à la dignité de la plaignante et à son droit à la vie privée et le droit de chacun à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi.

[51] Il ne suffit pas de simplement affirmer que la preuve a un lien avec le contexte, le récit

s. 276(2). A s. 276 application must provide “detailed particulars” which will allow a judge to meaningfully engage with the tests set out at s. 276(2) and (3). The accused must propose a use of the evidence that does not invoke twin-myth reasoning. These requirements are key to preserving the integrity of the trial by ensuring twin-myth reasoning masquerading as “context” or “narrative” does not ambush the proceedings.

(a) *Section 276(2)(a): Specific Instances of Sexual Activity*

[52] Goldfinch suggests that relationship evidence is difficult to situate in s. 276(2) because it does not constitute “specific instances of sexual activity” (see also *R. v. Rodney*, 2008 CanLII 5114 (Ont. S.C.J.); *R. v. A.R.C.*, [2002] O.J. No. 5364 (QL) (S.C.J.)). This position fails to recognize the purposes of the provision.

[53] The words “specific instances of sexual activity” must be read in light of the scheme and broader purposes of s. 276. The requirement that evidence be “specific” prevents aimless or sweeping inquiries into the complainant’s sexual history. The accused must point to identifiable activity, but the degree of specificity required in a particular case will depend on the nature of the evidence, how the accused intends to use it, and its potential to prejudice the proper administration of justice. As Doherty J.A. noted in *L.S.*, specificity is required so that judges may apply the scheme in a way that effectively protects the rights of the complainant and ensures trial fairness. A purposive interpretation thus calls for evidence that is sufficiently specific to support a fully informed analysis, allowing the judge to circumscribe what evidence may be adduced and how it may be used.

[54] Evidence of a relationship that implies sexual activity, such as “friends with benefits”, as defined

ou la crédibilité pour satisfaire aux exigences du par. 276(2). Une demande fondée sur l’art. 276 doit « énoncé[r] toutes précisions », ce qui permettra au juge d’appliquer de manière significative les critères énoncés aux par. 276(2) et (3). L’accusé doit proposer une utilisation de la preuve qui ne fait pas appel à un raisonnement fondé sur les deux mythes. Ces exigences sont essentielles pour préserver l’intégrité du procès en faisant en sorte qu’un raisonnement fondé sur les deux mythes, sous le couvert du « contexte » ou du « récit », ne vienne pas embrouiller le processus judiciaire.

a) *Alinéa 276(2)a) : cas particuliers d’activité sexuelle*

[52] M. Goldfinch avance que la preuve de la relation est difficile à situer dans le par. 276(2) parce qu’elle ne constitue pas des « cas particuliers d’activité sexuelle » (voir aussi *R. c. Rodney*, 2008 CanLII 5114 (C.S.J. Ont.); *R. c. A.R.C.*, [2002] O.J. No. 5364 (QL) (C.S.J.)). Cette position ne tient pas compte des objets de la disposition.

[53] L’expression « cas particuliers d’activité sexuelle » doit être interprétée à la lumière du régime de l’art. 276 et de ses objectifs plus larges. L’exigence voulant que la preuve se rapporte à des cas « particuliers » empêche les questions inutiles ou d’une grande portée concernant le passé sexuel de la plaignante. L’accusé doit faire état d’une activité identifiable, mais le degré de particularité requis dans une affaire donnée dépendra de la nature de la preuve, de la façon dont l’accusé entend l’utiliser et de la possibilité qu’elle ait un effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice. Comme l’a souligné le juge Doherty dans *L.S.*, la précision est nécessaire pour que les juges soient en mesure d’appliquer le régime d’une manière qui protège efficacement les droits de la plaignante et assure l’équité du procès. Une interprétation téléologique commande donc une preuve qui soit suffisamment particularisée pour soutenir une analyse bien éclairée, ce qui permettrait au juge de déterminer quelle preuve peut être produite et de quelle façon elle peut être utilisée.

[54] La preuve de la relation supposant des activités sexuelles, comme une relation d’« amis-amants »,

by the accused here, inherently encompasses specific instances of sexual activity. Requiring further details would unnecessarily invade the complainant's privacy, defeating an important objective of the provision. I agree with the statement in *L.S.* that specifying the parties to the relationship, the nature of that relationship and the relevant time period satisfies the purposes of trial fairness (para. 83). Those criteria are met in this case.

(b) *Section 276(2)(b): Relevance to an Issue at Trial*

[55] Turning to the second requirement, the importance of relevance to an issue at trial is highlighted by the procedural safeguards inherent in the s. 276 regime. Section 276.1(2) requires the accused to set out, in writing, the “detailed particulars” of the evidence to be adduced as well as the “relevance of th[e] evidence to an issue at trial”. The application judge must be satisfied that the evidence is capable of being admitted under s. 276(2) before ordering a *voir dire* (s. 276.1(4)(c)). Judges who admit such evidence must also provide written reasons identifying the relevance of the evidence admitted (s. 276.2(3)(c)).⁶ These procedural requirements reflect the fact that sexual assault prosecutions require heightened attention to the general principle that no party should be allowed to distort the process by producing irrelevant evidence (*Darrach*, at paras. 24 and 37).

[56] It goes without saying that the “relevant issue” cannot be one of the twin myths prohibited by s. 276(1).⁷ Neither will generic references to the credibility of the accused or the complainant suffice. Credibility is an issue that pervades most trials, and “[e]vidence of prior sexual activity will rarely be relevant to support a denial that sexual activity took place or to establish consent” (*Darrach*, at para. 58; see also *Handy*, at paras. 115-16). Arguments for

telle que définie par l'accusé en l'espèce, comprend nécessairement des cas particuliers d'activité sexuelle. Exiger plus de détails porterait inutilement atteinte au droit à la vie privée de la plaignante, ce qui contrecarrerait un objectif important de la disposition. Je souscris à l'énoncé dans *L.S.* selon lequel le fait de préciser les parties à la relation, la nature de cette relation et la période pertinente atteint l'objectif d'assurer l'équité du procès (par. 83). Il est clairement satisfait à ces critères en l'espèce.

b) *Alinéa 276(2)b) : rapport avec un élément de la cause*

[55] En ce qui concerne la deuxième exigence, les garanties procédurales inhérentes au régime de l'art. 276 font ressortir l'importance que la preuve ait un rapport avec un élément de la cause. Le paragraphe 276.1(2) exige que l'accusé énonce, par écrit, toutes les « précisions » au sujet de la preuve qu'il veut présenter ainsi que le « rapport de celle-ci avec un élément de la cause ». Le juge saisi de la demande doit être convaincu que la preuve en cause est susceptible d'être admise au titre du par. 276(2) avant d'ordonner la tenue d'un voir-dire (par. 276.1(4)). Le juge qui admet une telle preuve doit également fournir des motifs écrits précisant la façon dont la preuve admise est en rapport avec un élément de la cause (al. 276.2(3)c)⁷). Ces exigences procédurales témoignent du fait que les poursuites pour agression sexuelle nécessitent que l'on accorde une attention accrue à la règle générale selon laquelle il ne saurait être permis à une partie de dénaturer le processus en produisant des éléments de preuve non pertinents (*Darrach*, par. 24 et 37).

[56] Il va sans dire que le « rapport » entre la preuve et un élément de la cause ne peut être l'un des deux mythes interdits par le par. 276(1)⁸. Les allusions générales à la crédibilité de l'accusé ou de la plaignante ne suffisent pas non plus. La crédibilité est un élément omniprésent dans la plupart des procès, et « [l]a preuve du comportement sexuel antérieur sera rarement pertinente pour appuyer une dénégation que l'activité sexuelle a eu lieu ou pour établir le

⁶ Now s. 278.94(4)(c).

⁷ This has been made explicit in the December 2018 amendments.

⁷ Maintenant l'al. 278.94(4)c).

⁸ Les modifications apportées en décembre 2018 ont rendu cette règle explicite.

relevance must be scrutinized to ensure “context” is not simply a disguised myth.

[57] That said, a relationship may provide relevant context quite apart from any sexual activity. Where the relationship is defined as including sexual activity, as the trial judge held “friends with benefits” was here, it is critical that the relevance of the *sexual nature* of the relationship to an issue at trial be identified with *precision*.

[58] At the *voir dire*, Goldfinch described relevance in general terms: the evidence was necessary for “context” or to prevent “faulty impressions”. He was not merely concerned with dispelling the notion that he and the complainant were strangers: he specifically sought to introduce the sexual nature of the relationship. The trial judge was clearly alive to the possibility that this could be used to support the twin myths. In the end, however, the trial judge concluded that the evidence was relevant because it put the relationship “in proper context”. In coming to this conclusion, she relied on *R. v. Strickland* (2007), 45 C.R. (6th) 183 (Ont. S.C.J.). In that case, the trial judge reasoned that the probative value of “contextual” relationship evidence did not support an inference of “an increased likelihood of consent” but rather could dispel an inference of “the unlikelihood of consent” (para. 35).

[59] With respect, that is a distinction without a difference. Three paragraphs from *Strickland* illustrate why:

It can be said that, as a general rule, people do not have sexual intercourse with complete strangers. Generally speaking, sexual partners are involved in a relationship of some sort. . . . What does matter is that, at some point, each partner has made an assessment of the other, and decided

consentement » (*Darrach*, par. 58; voir aussi *Handy*, par. 115-116). Il faut examiner minutieusement les arguments en faveur de la pertinence de la preuve afin de s’assurer que le « contexte » ne constitue pas simplement un mythe déguisé.

[57] Cela dit, la relation peut constituer un élément contextuel pertinent, indépendamment de toute activité sexuelle. Lorsque la relation est décrite comme comportant des activités sexuelles, comme c’était le cas de la relation d’« amis-amants » en l’espèce selon la juge du procès, il est essentiel que le rapport entre le *caractère sexuel* de la relation et un élément de la cause soit énoncé avec *précision*.

[58] Lors du voir-dire, M. Goldfinch a cherché à établir un rapport général avec la cause : la preuve était nécessaire pour donner du [TRADUCTION] « contexte » ou dissiper toute « fausse impression ». Il ne se préoccupait pas seulement d’écarter l’idée selon laquelle lui et la plaignante étaient des étrangers : il visait précisément à présenter en preuve le caractère sexuel de la relation. La juge du procès était manifestement consciente de la possibilité que ces éléments de preuve soient utilisés pour étayer les deux mythes. Toutefois, la juge du procès a finalement conclu que la preuve était pertinente parce qu’elle situait la relation [TRADUCTION] « dans le bon contexte ». Pour parvenir à cette conclusion, elle s’est fondée sur la décision *R. c. Strickland* (2007), 45 C.R. (6th) 183 (C.S.J. Ont.). Dans cette décision, le juge du procès a conclu que la valeur probante de la preuve « contextuelle » de la relation n’était pas l’inférence selon laquelle il était [TRADUCTION] « plus probable qu’il y ait eu consentement », mais pouvait plutôt réfuter l’inférence selon laquelle il était « improbable qu’il y ait eu consentement » (par. 35).

[59] Soit dit en tout respect, il s’agit d’une distinction vide de sens. Les trois paragraphes suivants de la décision *Strickland* montrent pourquoi :

[TRADUCTION] On peut dire que, en règle générale, les gens n’ont pas des rapports sexuels avec de parfaits étrangers. De façon générale, les partenaires sexuels entretiennent une certaine forme de relation. [. . .] Ce qui importe, c’est que, à un moment donné, chaque partenaire s’est fait

that that person is a suitable person with whom to share this most intimate human experience.

It is the fact that such a decision was made in the past by the complainant that is relevant. . . . It is this fact that makes it at least somewhat more probable that a complainant would consent to having sex with a man with whom she had an existing sexual relationship, than if no such relationship existed at all.

...

To restate in the language of *Darrach*, the inference of an increased likelihood of consent does not flow from the sexual nature of the activity, but rather from the existence of a relationship in which that activity took place. [paras. 27-28 and 30]

[60] It is difficult to conceive of a more clear instance of twin-myth reasoning than the proposition that because the complainant had “at some point” consented to be intimate with the accused, it was “more probable” that she would have done so again.

[61] Moreover, while the case law provides examples of how evidence of previous sexual activity between an accused and a complainant may be relevant to an issue at trial, none of them apply here.

[62] Prior sexual activity may be particularly relevant to a defence of honest but mistaken belief in communicated consent (*Seaboyer*, at pp. 613-16; *Darrach*, at para. 59; *Barton*, at paras. 91 et seq.). However, an honest but mistaken belief cannot simply rest upon evidence that a person consented at “some point” in the past: that would be twin-myth reasoning. By definition, the defence must rely upon evidence of *how* the complainant previously communicated consent so that the accused can adequately support a belief that consent was expressed. Here, the trial judge properly instructed the jury not to rely on the “friends with benefits” evidence in evaluating the defence of honest but mistaken belief.

une opinion sur l’autre et a décidé qu’il voulait vivre cette expérience humaine des plus intimes avec cette personne.

C’est le fait que la plaignante ait pris une telle décision par le passé qui est pertinent. [. . .] C’est ce qui rend au moins un peu plus probable que la plaignante ait consenti à avoir des rapports sexuels avec un homme avec lequel elle entretenait déjà une relation de nature sexuelle, qu’elle consente à de tels rapports avec cet homme s’il n’existait aucune relation entre elle et lui.

...

Pour paraphraser l’arrêt *Darrach*, l’inférence selon laquelle il est plus probable qu’il y ait eu consentement ne découle pas du caractère sexuel de l’activité, mais plutôt de l’existence d’une relation dans le cadre de laquelle a eu lieu cette activité. [par. 27-28 et 30]

[60] J’ai peine à imaginer un exemple plus clair d’un raisonnement fondé sur les deux mythes que la thèse voulant que, parce que la plaignante avait [TRADUCTION] « à un moment donné » consenti à avoir des rapports intimes avec l’accusé, il était « plus probable » qu’elle y consente de nouveau.

[61] De plus, même si la jurisprudence offre des exemples de la façon dont la preuve concernant une activité sexuelle antérieure entre un accusé et une plaignante peut être en rapport avec un élément de la cause, aucun de ceux-ci ne s’applique en l’espèce.

[62] Une activité sexuelle antérieure peut être particulièrement pertinente dans le cas d’une défense de croyance sincère mais erronée au consentement communiqué (*Seaboyer*, p. 613-616; *Darrach*, par. 59; *Barton*, par. 91 et suiv.). Cependant, la croyance sincère mais erronée ne peut pas simplement reposer sur la preuve que la personne a donné son consentement à un « moment donné » dans le passé : il s’agirait d’un raisonnement fondé sur les deux mythes. Par définition, la défense doit se fonder sur une preuve de *la façon* dont la plaignante a antérieurement communiqué son consentement pour que l’accusé puisse adéquatement étayer sa croyance à un consentement exprimé. En l’espèce, la juge du procès a eu raison d’indiquer aux jurés de ne pas se fonder sur la preuve concernant la relation d’« amis-amants » pour apprécier la défense de croyance sincère mais erronée.

[63] Evidence of a sexual relationship may also be relevant when complainants have offered inconsistent statements regarding the very existence of a sexual relationship with the accused (see, e.g., *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (Ont. C.A.); *R. v. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179 (Ont. S.C.J.)). There were no such contradictory statements from the complainant in the record at the time of the *voir dire* and Goldfinch did not proceed on this basis.

[64] To the extent that Goldfinch sought to establish a pattern of behaviour, the “pattern” here was hardly distinctive; it would not be admissible as similar fact evidence (*Handy*, at paras. 82, 127 and 131). As I have noted, the limited admissibility of similar fact evidence protects the truth-seeking function of the trial by excluding evidence that is overly prejudicial to the accused. By imposing the same evidentiary standard under s. 276, neither the accused nor the complainant is denied equal protection of the law on the basis of lifestyle, character or reputation (Craig, “Section 276 Misconstrued”, at p. 71).

[65] Finally, Goldfinch submits that the sexual aspect of a relationship may be relevant to the coherence of the accused’s narrative, and by extension, credibility. There will, of course, be circumstances in which context will be relevant for the jury to properly understand and assess the evidence. That assessment, however, must be free of twin-myth reasoning. General arguments that the sexual nature of a relationship is relevant to context, narrative or credibility will not suffice to bring the evidence within the purview of s. 276(2).

[66] That Goldfinch points to only two cases in which evidence was admitted as necessary “context” illustrates the rarity of such circumstances (*Temertzoglou*; *R. v. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85 (Ont. S.C.J.)). In both of these cases, the evidence admitted was fundamental to the coherence of the defence narrative. It was not merely helpful context. This was not the case here.

[63] La preuve d’une relation à caractère sexuel peut également être pertinente lorsque la plaignante a fait des déclarations contradictoires concernant l’existence même d’une telle relation avec l’accusé (voir, p. ex., *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (C.A. Ont.); *R. c. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179 (C.S.J. Ont.)). Dans l’affaire qui nous occupe, il n’y avait aucune déclaration contradictoire de la plaignante dans le dossier au moment du voir-dire et M. Goldfinch ne s’est pas fondé sur un tel argument.

[64] Dans la mesure où M. Goldfinch cherchait à établir l’existence d’un mode de comportement, le « mode » en l’espèce n’était guère distinctif; il ne serait pas admissible à titre de preuve de faits similaires (*Handy*, par. 82, 127 et 131). Comme je l’ai souligné, l’admissibilité limitée de la preuve de faits similaires protège la fonction de recherche de la vérité du procès par l’exclusion des éléments de preuve qui sont trop préjudiciables à l’accusé. En imposant la même norme de preuve, l’art. 276 fait en sorte que ni l’accusé ni la plaignante ne sont privés de la protection de la loi en raison de leur mode de vie, de leur moralité ou de leur réputation (Craig, « Section 276 Misconstrued », p. 71).

[65] Enfin, M. Goldfinch affirme que l’aspect sexuel d’une relation peut être pertinent pour la cohérence du récit de l’accusé, et par extension, pour sa crédibilité. Il peut certes y avoir des circonstances où le contexte sera pertinent pour permettre au jury de bien comprendre et apprécier la preuve, mais cette appréciation ne doit pas reposer sur un raisonnement fondé sur les deux mythes. Des arguments généraux selon lesquels le caractère sexuel de la relation a un lien avec le contexte, le récit ou la crédibilité ne suffiront pas à rendre la preuve admissible sous le régime du par. 276(2).

[66] Le fait que M. Goldfinch ne cite que deux décisions dans lesquelles la preuve a été admise à titre de « contexte » nécessaire témoigne de la rareté de ce type de circonstances (*Temertzoglou*; *R. c. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85 (C.S.J. Ont.)). Dans ces deux décisions, la preuve admise était fondamentale pour la cohérence du récit de la défense; elle ne constituait pas simplement un élément contextuel utile. Ce n’était pas le cas en l’espèce.

[67] Before this Court, Goldfinch sought to articulate specific issues which made the sexual nature of the relationship critical to his defence. He advanced that his narrative would be inherently improbable if the jury did not know he and the complainant were “friends with benefits”. Among other things, he argued that the evidence was relevant to the jury’s assessment of the complainant’s call suggesting Goldfinch owed her “birthday sex” as well as to his testimony that the complainant smiled when he mouthed “I’m going to fuck you”.

[68] In my view, there is nothing about Goldfinch’s testimony that casts him in an unfavourable light or renders his narrative untenable or utterly improbable absent the information that the two were “friends with benefits”. The complainant’s request for “birthday sex” does not reflect on Goldfinch’s character or behaviour. As well, her reaction to his comment was a smile — hardly an indication that this behaviour was beyond the pale of their relationship. Tellingly, the complainant did not deny the call, Goldfinch’s comment or the smile.

(c) *Section 276(2)(c): Balancing Probative Value and Prejudice to the Proper Administration of Justice*

[69] The final step in the s. 276 analysis requires judges to balance the probative value of proposed evidence against the danger of prejudice to the proper administration of justice, taking into account the factors set out in s. 276(3). Both considerations must receive heightened attention as “[the test] . . . serves to direct judges to the serious ramifications of the use of evidence of prior sexual activity for all parties” (*Darrach*, at para. 40). Balancing the s. 276(3) factors ultimately depends on the nature of the evidence being adduced and the factual matrix of the case. It will depend, in part, on how important the evidence is to the accused’s right to make full answer and defence. For example, the relative value

[67] Devant la Cour, M. Goldfinch a tenté de formuler les questions précises qui faisaient en sorte que le caractère sexuel de sa relation avec la plaignante était un élément essentiel de sa défense. Il a fait valoir que son récit serait intrinsèquement improbable si le jury ne savait pas que la plaignante et lui entretenaient une relation d’« amis-amants ». Notamment, il a soutenu que la preuve était pertinente pour l’appréciation par le jury de l’appel que lui avait fait la plaignante afin de lui dire qu’il lui devait du « sexe pour son anniversaire » ainsi que de son témoignage selon lequel la plaignante avait souri quand il avait articulé en silence « je vais te baiser ».

[68] À mon avis, aucun élément du témoignage de M. Goldfinch ne le présente sous un mauvais jour ou ne rend son récit indéfendable ou complètement improbable si on ne sait pas que la plaignante et lui entretenaient une relation d’« amis-amants ». Le fait que la plaignante ait demandé du « sexe pour son anniversaire » n’a aucune incidence sur la moralité ou le comportement de M. Goldfinch. En outre, celle-ci a répondu à son commentaire par un sourire — ce qui n’indique guère que ce comportement était inacceptable dans le cadre de leur relation. Qui plus est, la plaignante n’a pas nié avoir fait l’appel, ni le fait que M. Goldfinch ait dit ce commentaire, ni le fait qu’elle lui avait souri.

c) *Alinéa 276(2)c) : la mise en balance de la valeur probante et de l’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice*

[69] La dernière étape de l’analyse fondée sur l’art. 276 exige que le juge mette en balance la valeur probante de la preuve proposée et le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice, compte tenu des facteurs énoncés au par. 276(3). Ces deux considérations requièrent une attention accrue car « [le critère] [. . .] sert à indiquer aux juges les graves conséquences de l’utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur sur toutes les parties dans ces affaires » (*Darrach*, par. 40). La mise en balance des facteurs énoncés au par. 276(3) dépend ultimement de la nature de la preuve qui est produite et du fondement factuel de l’affaire. Elle dépend, en partie, de l’importance de la preuve eu

of sexual history evidence will be significantly reduced if the accused can advance a particular theory *without* referring to that history. In contrast, where that evidence directly implicates the accused's ability to raise a reasonable doubt, the evidence is obviously fundamental to full answer and defence (*Mills*, at paras. 71 and 94). This was not the case here: Goldfinch's right to full answer and defence would not have been compromised by excluding the sexual nature of the relationship.

[70] Indeed, having found that the “friends with benefits” evidence was not relevant to an issue at trial, it follows that it has no probative value. The evidence was relevant only to suggest that the complainant was more likely to have consented because she had done so in the past. Thus the evidence went only to the twin myths which, as Gonthier J. held in *Darrach*, are “not probative of consent or credibility and can severely distort the trial process” (para. 33).

C. *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609

[71] The improper admission of relationship evidence from which sexual activity may be inferred risks infecting a trial with the precise prejudicial assumptions s. 276 is designed to weed out.

[72] In the case at bar, the “context” laid out before the jury was clearly infected with twin-myth reasoning. The jury should not have been privy to particulars regarding the frequency of the sexual contact or Goldfinch's testimony characterizing the evening as “typical” or “routine”. That evidence clearly engages twin-myth reasoning by suggesting that because the complainant had “typically” consented to sex with Goldfinch in the past, she was more likely to have done so on this “routine” occasion. Admitting that evidence was a reversible error of law which might reasonably be thought to have

égard au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Par exemple, la valeur relative de la preuve concernant le passé sexuel sera considérablement réduite si l'accusé peut défendre une thèse donnée *sans* faire état de ce passé. En revanche, lorsque la preuve implique directement la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable, il est évident que cette preuve devient un élément fondamental de la défense pleine et entière (*Mills*, par. 71 et 94). Ce n'était pas le cas en l'espèce : le droit de M. Goldfinch à une défense pleine et entière n'aurait pas été compromis par l'exclusion de la preuve du caractère sexuel de la relation.

[70] De fait, ayant conclu que la preuve de la relation d'« amis-amants » n'était pas en rapport avec un élément de la cause, je conclus également qu'elle n'a pas de valeur probante. Cette preuve n'était pertinente que pour laisser entendre que la plaignante était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle parce qu'elle l'avait fait dans le passé. Par conséquent, la preuve ne servait qu'à alimenter les deux mythes qui, comme l'a affirmé le juge Gonthier dans *Darrach*, ne sont « pas probants quant au consentement ou à la crédibilité, et [. . .] peuvent dénaturer gravement le procès » (par. 33).

C. *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609

[71] L'admission irrégulière de la preuve d'une relation de laquelle on peut inférer qu'il y a eu des activités sexuelles risque de vicier le procès en introduisant les idées reçues préjudiciables que l'art. 276 vise justement à écarter.

[72] Dans la présente affaire, la preuve du « contexte » présentée au jury était manifestement viciée par un raisonnement fondé sur les deux mythes. Le jury n'aurait pas dû être au courant des détails concernant la fréquence des rapports sexuels ou du témoignage de M. Goldfinch caractérisant la soirée d'« habituelle » ou de « typique ». Cette preuve invoque manifestement un raisonnement fondé sur les deux mythes, car elle laisse entendre que parce que la plaignante avait « habituellement » consenti à avoir des rapports sexuels avec M. Goldfinch par le passé, elle était plus susceptible d'avoir consenti

had a material bearing on the acquittal (*Graveline*, at para. 14).

D. *Final Comments*

[73] Evidence of sexual relationships must be handled with care in sexual assault trials.

[74] Where a trial judge is concerned that the jury may improperly speculate about past sexual activity, it may be helpful to give an instruction specifying that the jury will not hear any evidence about whether the relationship included a sexual aspect. The instruction should explain that the details of previous sexual interactions are simply not relevant to the determination of whether the complainant consented to the act in question. No means no, and only yes means yes: even in the context of an established relationship, even part way through a sexual encounter, and even if the act is one the complainant has routinely consented to in the past. Giving such an instruction would both reinforce the principles which guide a proper analysis of consent and mitigate the risk that jurors will rely on their own conceptions of what sexual activity is “typical” in a given relationship.

[75] *How* evidence is to be adduced may also impact trial fairness. Much of the evidence that ultimately came out in this case was adduced during the Crown’s examination of the complainant and, to a lesser degree, its cross-examination of Goldfinch. This requires two observations. First, I note that Crown counsel would not have adduced this evidence but for the s. 276 application, which I have concluded should not have been granted. While the parties did not have the benefit of this Court’s recent holding in *Barton*, I would reiterate that Crown-led evidence of prior sexual activity must be governed by the principles set out in s. 276(1) and *Seaboyer* (*Barton*, at paras. 68, 80 and 197). Second, proper

à un tel rapport lors de cette soirée « typique ». L’admission de cette preuve constituait une erreur de droit justifiant l’annulation de la décision, et on peut raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement (*Graveline*, par. 14).

D. *Dernières observations*

[73] La preuve d’une relation à caractère sexuel doit être utilisée avec prudence lors d’un procès pour agression sexuelle.

[74] Lorsque le juge du procès craint que les jurés puissent conjecturer à tort sur une activité sexuelle antérieure de la plaignante, il peut être utile de leur donner une directive précisant qu’ils n’entendront aucun témoignage quant à savoir si la relation comprenait un aspect sexuel. Dans sa directive, le juge du procès devrait expliquer que les détails des rapports sexuels antérieurs ne sont tout simplement pas pertinents pour la décision de savoir si la plaignante a consenti à l’acte en question. Non veut dire non, et seul oui veut dire oui : même dans le contexte d’une relation établie, même au beau milieu d’un rapport sexuel, et même si l’acte en question en est un auquel la plaignante a régulièrement consenti dans le passé. Le fait de donner une telle directive permettrait à la fois de renforcer les principes qui régissent l’analyse adéquate du consentement et de réduire le risque que les jurés se fondent sur leurs propres conceptions de ce qui constitue une activité sexuelle « typique » dans une relation donnée.

[75] *Comment* la preuve doit être présentée peut également avoir une incidence sur l’équité du procès. Une grande partie de la preuve qui a finalement été présentée en l’espèce l’a été lors de l’interrogatoire de la plaignante par la Couronne et, dans une moindre mesure, lors du contre-interrogatoire de M. Goldfinch par celle-ci. Deux observations s’imposent à ce sujet. D’abord, je note que la procureure de la Couronne n’aurait pas présenté cette preuve si ce n’était de la demande fondée sur l’art. 276 qui, comme je l’ai conclu, n’aurait pas dû être accueillie. Bien que les parties n’aient pas bénéficié de la décision récente de notre Cour dans *Barton*, je tiens à réitérer que la preuve présentée par la Couronne

management of evidence which falls within the scope of the s. 276 regime requires vigilance from all trial participants, but especially trial judges — the ultimate evidentiary gatekeepers. Leading evidence through an agreed statement of facts, as the trial judge suggested here, is one way to do so.

[76] I would dismiss the appeal.

The reasons of Moldaver and Rowe JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[77] This case raises the difficult yet important issue of whether — and if so, to what extent — evidence of an ongoing sexual relationship between the accused and the complainant is admissible in a sexual assault trial.

[78] The complainant in this case alleges that on May 28, 2014, the appellant, Patrick John Goldfinch, sexually assaulted her in his home. The incident resulted in Mr. Goldfinch being charged with both assault and sexual assault. Mr. Goldfinch maintained his innocence, claiming that the sexual activity in question was consensual.

[79] At trial, Mr. Goldfinch applied under s. 276.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”),⁸ to adduce evidence that at the time of the alleged sexual assault, he and the complainant were in a “friends with benefits” relationship that involved occasional sex. The Crown opposed the admission of this evidence. Following a *voir dire*, the trial judge ruled that the evidence was admissible for the dual purposes of providing context to the events in question and

concernant une activité sexuelle antérieure doit être régie par les principes énoncés au par. 276(1) et dans l’arrêt *Seaboyer (Barton)*, par. 68, 80 et 197). Ensuite, les différents participants à un procès, mais plus particulièrement les juges du procès — les gardiens ultimes de la preuve — doivent faire preuve de vigilance pour assurer le traitement approprié de la preuve qui relève de l’art. 276. La présentation de la preuve au moyen d’un exposé conjoint des faits, comme l’a proposé la juge du procès en l’espèce, constitue une façon de le faire.

[76] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Moldaver et Rowe rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[77] Le présent pourvoi soulève la question difficile, mais importante, de savoir si — et le cas échéant, dans quelle mesure — la preuve d’une relation continue à caractère sexuel entre l’accusé et la plaignante est admissible dans un procès pour agression sexuelle.

[78] La plaignante en l’espèce soutient que, le 28 mai 2014, l’appelant, Patrick John Goldfinch, l’a agressée sexuellement alors qu’ils étaient chez lui. Par suite de cet incident, M. Goldfinch a été accusé à la fois de voies de fait et d’agression sexuelle. M. Goldfinch clame son innocence, affirmant que l’activité sexuelle en question était consensuelle.

[79] Au procès, M. Goldfinch s’est fondé sur l’art. 276.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *Code* »)⁹ pour demander l’autorisation de présenter une preuve établissant qu’au moment de l’agression sexuelle reprochée, la plaignante et lui entretenaient une relation [TRADUCTION] « amis-amants » qui comportait des relations sexuelles occasionnelles. La Couronne s’est opposée à l’admission de cette preuve. À l’issue d’un voir-dire, la juge

⁸ All section number references are to the *Code*.

⁹ Toutes les dispositions citées sont des dispositions du *Code*.

avoiding an erroneous misapprehension on the part of the jury that Mr. Goldfinch and the complainant were platonic friends. The trial ended with the jury acquitting Mr. Goldfinch of both assault and sexual assault.

[80] The Crown appealed Mr. Goldfinch's acquittals to the Alberta Court of Appeal. A majority of that court overturned the acquittals, holding that the trial judge erred in admitting evidence of the nature of Mr. Goldfinch's relationship with the complainant — "friends with benefits" — at the time of the alleged assault. In the majority's view, this evidence was inadmissible because it did nothing more than advance one of the twin myths prohibited by s. 276(1) — namely, that the complainant was more likely to have consented on the night in question because she had previously engaged in sex with Mr. Goldfinch. Justice Berger dissented. In his view, the impugned evidence was admissible under s. 276(2) because it was integral to Mr. Goldfinch's ability to make full answer and defence. Mr. Goldfinch now appeals to this Court as of right.

[81] The s. 276 regime is sometimes viewed as a zero-sum game pitting the rights of the complainant against those of the accused. But in my respectful view, this is a mischaracterization. The s. 276 regime is designed to respect and preserve the rights of *both* complainants and accused persons by excluding evidence which would undermine the legitimacy of our criminal justice system and inhibit the search for truth, while allowing for the admission of evidence which would enhance the legitimacy of our criminal justice system and promote the search for truth. In this way, the regime seeks to promote the integrity of the trial process as a whole — a concept that is essential to the public's faith in the criminal justice system.

du procès a conclu que la preuve était admissible d'une part afin de permettre une mise en contexte des événements en cause, et d'autre part afin d'éviter que le jury croit, en raison d'une interprétation erronée, que M. Goldfinch et la plaignante entretenaient une relation platonique. À la fin du procès, le jury a acquitté M. Goldfinch des accusations de voies de fait et d'agression sexuelle.

[80] La Couronne a interjeté appel des acquittements de M. Goldfinch à la Cour d'appel de l'Alberta. Les juges majoritaires de cette cour ont infirmé les acquittements, statuant que la juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve relative au caractère de la relation que M. Goldfinch entretenait avec la plaignante — « amis-amants » — au moment de l'agression reprochée. Selon les juges majoritaires, cette preuve était inadmissible parce qu'elle ne faisait qu'étayer l'un des deux mythes qu'interdit le par. 276(1) — à savoir que la plaignante était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle le soir en question parce qu'elle avait déjà eu des relations sexuelles avec M. Goldfinch. Le juge Berger était dissident. À son avis, la preuve en cause était admissible en application du par. 276(2) parce qu'elle était essentielle à la capacité de M. Goldfinch de présenter une défense pleine et entière. M. Goldfinch se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

[81] Le régime établi par l'art. 276 est parfois considéré comme un jeu à somme nulle opposant les droits de la plaignante à ceux de l'accusé. Or, il s'agit à mon avis d'une caractérisation erronée. Le régime établi par l'art. 276 vise à assurer le respect et la protection des droits des plaignantes *aussi bien* que ceux des accusés, en excluant des éléments de preuve susceptibles de compromettre la légitimité de notre système de justice criminelle et d'entraver la recherche de la vérité, tout en permettant la présentation d'éléments de preuve qui renforceraient la légitimité de notre système de justice criminelle et favoriseraient la recherche de la vérité. De cette façon, le régime vise à promouvoir l'intégrité du procès dans son ensemble — un concept essentiel à la confiance du public dans le système de justice criminelle.

[82] In pursuing this objective, the s. 276 regime operates in a step-by-step manner. From the accused's initial application under s. 276.1 to the final limiting instruction required by s. 276.4, the s. 276 regime establishes a rigorous, multistep process through which sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused must be carefully vetted and winnowed down to its essentials. To make its way into evidence at trial, such evidence must withstand careful scrutiny at each stage of the process.

[83] As I will explain, for sexual activity evidence to be admitted under s. 276(2), the accused must demonstrate, at a minimum, that the evidence goes to a legitimate aspect of his defence and is integral to his ability to make full answer and defence. This requires that the accused be able to identify specific facts or issues relating to his defence that can be properly understood and resolved by the trier of fact only if reference is made to the sexual activity evidence in question. Further, to the extent sexual activity evidence is ultimately admitted, the trial judge must explain to the jury, in clear and precise terms, the uses for which the evidence may — and may *not* — be used. Finally, *all* trial participants — including the trial judge, Crown and defence counsel, and witnesses — must hew to the specific, legitimate purpose for which the evidence has been admitted, without expanding the scope of the ruling or using the admissible evidence for inadmissible purposes. This is essential to preserving not only the rights of the accused and the complainant, but also the integrity of the trial process as a whole.

[84] In the case at hand, for reasons that follow, I am respectfully of the view that the trial judge erred in admitting the “friends with benefits” evidence under s. 276, having particular regard to the manifest deficiencies in Mr. Goldfinch's application to introduce this evidence. Furthermore, the improper admission of this evidence for the broad purpose of providing “context” led to a significant and highly prejudicial broadening of the sexual activity evidence at trial. This, in my view, might reasonably have had a material bearing on

[82] En vue de l'atteinte de cet objectif, le régime de l'art. 276 fonctionne par étapes. De la demande initiale de l'accusé fondée sur l'art. 276.1 jusqu'aux directives restrictives qu'exige l'art. 276.4, le régime de l'art. 276 établit un processus strict à plusieurs étapes au cours duquel la preuve concernant une activité sexuelle présentée par l'accusé ou son représentant doit être soigneusement examinée et ramenée à l'essentiel. Pour pouvoir être présentée au procès, une telle preuve doit résister à un examen minutieux à chaque étape du processus.

[83] Comme je vais l'expliquer, pour que la preuve concernant une activité sexuelle soit admise en application du par. 276(2), l'accusé doit au moins démontrer que cette preuve s'attache à un aspect légitime de sa défense et qu'elle est essentielle à sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Pour cela, l'accusé doit pouvoir cerner les questions ou faits précis liés à sa défense que le juge des faits ne pourrait résoudre ou comprendre adéquatement que s'il est fait référence à la preuve en cause concernant une activité sexuelle. Par ailleurs, dans la mesure où la preuve concernant une activité sexuelle est finalement admise, le juge du procès doit expliquer au jury, en termes clairs et précis, les fins auxquelles celle-ci peut — et *ne peut pas* — être utilisée. Enfin, *tous* les participants au procès — y compris le juge, les avocats de la poursuite et de la défense, et les témoins — doivent s'en tenir à la fin précise et légitime pour laquelle la preuve a été admise, sans élargir la portée de la décision ou utiliser la preuve admissible à des fins inadmissibles. Cela est essentiel non seulement pour protéger les droits de l'accusé et de la plaignante, mais aussi pour préserver l'intégrité du procès dans son ensemble.

[84] Dans l'affaire qui nous occupe, et pour les motifs qui suivent, j'estime avec égards que le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve de la relation « amis-amants » en application de l'art. 276, compte tenu notamment des lacunes évidentes dans la demande d'autorisation de M. Goldfinch visant la présentation de cette preuve. Qui plus est, l'admission injustifiée de cet élément de preuve à des fins générales de mise en « contexte » a mené à un élargissement important et hautement préjudiciable de la preuve concernant

Mr. Goldfinch’s acquittal. I would therefore dismiss the appeal.

II. Facts and Decisions Below

[85] My colleague Justice Karakatsanis has summarized the facts and decisions below in her reasons, and I see no need to replicate her work. I will therefore proceed directly to the issues on appeal.

III. Issues

[86] This appeal raises two issues:

- (1) Did the trial judge err in admitting under s. 276 evidence of the sexual nature of Mr. Goldfinch’s relationship with the complainant at the time of the alleged sexual assault?
- (2) If so, could this error reasonably be thought to have had a material bearing on Mr. Goldfinch’s acquittal such that a new trial is warranted?

IV. Analysis

[87] Before commencing my analysis, I would point out that my colleague Karakatsanis J. and I align on many if not most of the core principles governing the s. 276 regime. The main point that separates us is that while my colleague concludes that the sexual activity evidence in question — the existence of a “friends with benefits” relationship — is categorically barred from being admitted under s. 276, I take a more nuanced approach. In particular, as I will explain at paras. 121-125 of these reasons, I would leave open the question of whether the presiding judge at the new trial might, if presented with a properly framed s. 276.1 application, admit the evidence after applying the test and weighing the factors set out in s. 276(2) and (3). Having foreshadowed these points, I turn to my analysis.

une activité sexuelle présentée au procès, ce qui, à mon avis, pourrait raisonnablement avoir eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de M. Goldfinch. Je rejetterais donc le pourvoi.

II. Faits et décisions des juridictions inférieures

[85] Ma collègue la juge Karakatsanis résume les faits et les décisions des juridictions inférieures dans ses motifs, et je ne vois pas la nécessité de les exposer à mon tour. Je passerai donc directement aux questions soulevées dans le présent pourvoi.

III. Questions en litige

[86] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- (1) La juge du procès a-t-elle commis une erreur en admettant en vertu de l’art. 276 la preuve relative au caractère sexuel de la relation qu’entretenaient M. Goldfinch et la plaignante au moment où l’agression sexuelle aurait été commise?
- (2) Dans l’affirmative, peut-on raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de M. Goldfinch, de sorte que la tenue d’un nouveau procès est justifiée?

IV. Analyse

[87] Avant de commencer mon analyse, j’aimerais souligner que ma collègue la juge Karakatsanis et moi-même nous entendons sur plusieurs, voire la plupart, des principes essentiels régissant le régime établi par l’art. 276. Le principal point qui nous divise est que ma collègue conclut que la preuve en question concernant une activité sexuelle — l’existence d’une relation « amis-amants » — ne peut absolument pas être admise sous le régime de l’art. 276, alors que j’adopte une approche plus nuancée. Plus particulièrement, comme je l’explique aux par. 121-125 des présents motifs, je ne trancherais pas la question de savoir si le juge qui préside l’audience lors du nouveau procès, dans le cas où une demande dûment formulée conformément à l’art. 276.1 lui est présentée, admettrait la preuve après avoir appliqué le critère et soupesé les facteurs énoncés aux par. 276(2) et (3). Ces précisions étant apportées, je procéderai maintenant à l’analyse.

A. Overview of the Section 276 Regime⁹

[88] Section 276 of the *Code* governs the admissibility of evidence of the complainant’s sexual activity other than that which forms the subject-matter of the charge. In these reasons, I will refer to such evidence simply as “sexual activity evidence”.¹⁰ As I will explain, the various components of the s. 276 regime work in harmony to root out stereotypical and discriminatory reasoning and preserve the integrity of the trial process.

[89] Section 276(1) reads:

Evidence of complainant’s sexual activity

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

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

(b) is less worthy of belief.

[90] Stated succinctly, this provision prohibits the use of sexual activity evidence to support one of the twin myths identified by this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. In doing so, it gives effect to the principle that these myths “are simply not relevant at trial” and “can severely distort the trial process” (*R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at para. 33). Accordingly, if the sole purpose for which sexual activity evidence is being proffered is

⁹ On December 13, 2018, various amendments to the s. 276 regime came into force. These reasons deal with the s. 276 regime as it existed before that date.

¹⁰ This type of evidence is often referred to as “prior sexual history evidence”. However, I will use the phrase “sexual activity evidence” in these reasons to reflect the fact that such evidence can also relate to sexual activity that is ongoing or takes place *after* the alleged offence.

A. Aperçu du régime établi par l’art. 276¹⁰

[88] L’article 276 du *Code* régit l’admissibilité de la preuve concernant une activité sexuelle de la plaignante autre que celle à l’origine de l’accusation en cause. Dans les présents motifs, je désignerai simplement cette preuve sous le nom de « preuve concernant une activité sexuelle »¹¹. Comme je vais l’expliquer, les différents éléments du régime établi par l’art. 276 s’harmonisent de façon à écarter tout raisonnement stéréotypé et discriminatoire et à préserver l’intégrité du procès.

[89] Le paragraphe 276(1) se lit comme suit :

Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant

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

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

b) soit moins digne de foi.

[90] En résumé, cette disposition interdit l’utilisation d’une preuve concernant une activité sexuelle à l’appui de l’un des deux mythes décrits par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Ce faisant, elle donne effet au principe selon lequel ces mythes « ne sont simplement pas pertinents au procès » et « peuvent dénaturer gravement le procès » (*R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 33). Par conséquent, si la preuve concernant une

¹⁰ Le 13 décembre 2018, diverses modifications au régime établi par l’art. 276 sont entrées en vigueur. Les présents motifs portent sur le régime établi par l’art. 276 tel qu’il existait avant cette date.

¹¹ Ce type de preuve est souvent appelée « preuve concernant un comportement sexuel antérieur ». Cependant, j’utiliserai l’expression « preuve concernant une activité sexuelle » dans les présents motifs afin de rendre compte du fait qu’une telle preuve peut également viser une activité sexuelle dans le cadre d’une relation en cours au moment de l’infraction alléguée ou une activité sexuelle *postérieure* à celle-ci.

to support either of the twin myths, it will be ruled inadmissible under s. 276(1) — it is as simple as that.

[91] But that does not mean sexual activity evidence will *always* be ruled inadmissible. Where the accused can identify a legitimate purpose for introducing the evidence — one that does not involve twin-myth reasoning — admission remains a possibility. In this regard, s. 276(2) provides that while sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused is presumptively inadmissible, regardless of the purpose for which it is proffered, such evidence may be admitted where it satisfies a three-part test:

Conditions for admissibility

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

- (a) is of specific instances of sexual activity;
- (b) is relevant to an issue at trial; and
- (c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

[92] In undertaking the analysis required by s. 276(2), the trial judge tasked with making a ruling on admissibility must take into account the factors listed in s. 276(3):

- (a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;
- (b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

activité sexuelle n'est présentée que pour étayer l'un des deux mythes, elle sera jugée inadmissible en application du par. 276(1) — c'est aussi simple que cela.

[91] Toutefois, cela ne veut pas dire que la preuve concernant une activité sexuelle sera *toujours* jugée inadmissible. Si l'accusé peut indiquer une fin légitime justifiant la présentation de la preuve — une qui ne repose pas sur un raisonnement fondé les deux mythes — il est possible que celle-ci soit admise. À cet égard, le par. 276(2) dispose que, bien que la preuve concernant une activité sexuelle présentée par l'accusé ou son représentant soit présumée inadmissible, peu importe la fin à laquelle elle est présentée, elle peut être admise si elle respecte le test en trois volets suivant :

Conditions de l'admissibilité

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

- a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;
- b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;
- c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

[92] Lorsqu'il procède à l'analyse que commande le par. 276(2), le juge du procès à qui il incombe de décider de l'admissibilité de la preuve doit prendre en considération les facteurs énumérés au par. 276(3) :

- a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;
- b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

[93] Thus, sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused that could potentially implicate one of the twin myths may nonetheless be admitted for a separate, legitimate purpose where it satisfies the test set out in s. 276(2) and (3).

[94] But before sexual activity evidence can be admitted under s. 276(2), the accused must file an application under s. 276.1. This application must be made in writing and must set out (a) “detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce” and (b) “the relevance of that evidence to an issue at trial” (s. 276.1(2)). Where the judge is satisfied that (a) the application was made in accordance with s. 276.1(2), (b) certain filing requirements have been met, and (c) the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under s. 276(2), then he or she shall hold a *voir dire* — held outside the presence of the jury and the public — to determine whether the evidence is admissible under s. 276(2) (s. 276.1(4)). However, if the judge is *not* satisfied that each of these three requirements has been met (e.g., the written application is deficient), then he or she may dismiss the application without more. Thus, for example, where a written application under s. 276.1 does not satisfy the judge that the evidence sought to be adduced is relevant to an issue at trial, it can be dismissed without holding a *voir*

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

d) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

[93] Par conséquent, toute preuve concernant une activité sexuelle présentée par l'accusé ou son représentant qui est susceptible d'être liée à l'un des deux mythes pourrait néanmoins être admise si elle vise une fin distincte et légitime qui satisfait au critère énoncé aux par. 276(2) et (3).

[94] Or, avant qu'une preuve concernant une activité sexuelle puisse être admise au titre du par. 276(2), l'accusé doit déposer une demande fondée sur l'art. 276.1. Cette demande doit être formulée par écrit et énoncer a) « toutes précisions au sujet de la preuve en cause » et b) « le rapport de celle-ci avec un élément de la cause » (par. 276.1(2)). Une fois convaincu a) que la demande a été établie conformément au par. 276.1(2), b) que certaines exigences en matière de dépôt ont été respectées, et c) qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible en application du par. 276(2), le juge tient un *voir-dire* — duquel sont exclus le jury et le public — afin de décider de l'admissibilité de la preuve en application du par. 276(2) (par. 276.1(4)). Toutefois, si le juge *n'est pas* convaincu que chacune de ces trois exigences est respectée (p. ex., la demande écrite présente des lacunes), il peut tout simplement rejeter la demande. Par exemple, si une demande écrite fondée sur l'art. 276.1 ne convainc pas le juge que la preuve que l'accusé cherche à présenter est en rapport avec un élément de la cause, le juge peut la rejeter sans tenir de *voir-dire*. Bien que

dire. While the parties in this case have not focused their submissions on the s. 276.1 requirements, these requirements, and the consequences for failing to meet them, should be kept in mind going forward.

[95] If the accused's written application survives scrutiny, then the process moves to the *voir dire* stage and the court's attention shifts to s. 276(2). In my view, to satisfy the relevance requirement under s. 276(2)(b), the accused must demonstrate that the evidence goes to a legitimate aspect of his defence and is integral to his ability to make full answer and defence. This requires that the accused be able to identify specific facts or issues relating to his defence that can be properly understood and resolved by the trier of fact only if reference is made to the sexual activity evidence in question. In articulating these specific facts or issues, simply citing the need to provide greater "context" or a fuller "narrative" will not suffice. Indeed, if this were enough to justify the admission of sexual activity evidence, then the s. 276 regime would be reduced to a mere statutory speed bump along the way to admission.

[96] Furthermore, the requirement that the evidence be "integral" to the accused's ability to make full answer and defence means that even if the evidence can be linked to specific facts or issues relating to the accused's defence, admission is not guaranteed. There may be cases in which the evidence, while relevant to specific facts or issues relating to the accused's defence, bears only marginally on it. In such cases, the trial judge may, in his or her discretion, exclude the evidence on the basis that countervailing considerations, such as the need to protect the privacy rights and dignity of the complainant, outweigh the tenuous connection the evidence has to the accused's ability to make full answer and defence.

[97] With these points in mind, when applying this regime, trial judges must take a careful, rigorous approach — one that recognizes and protects against the risks that accompany sexual activity evidence. The statutory requirements set out in s. 276(2) are

les parties en l'espèce n'aient pas axé leurs observations sur les exigences de l'art. 276.1, il convient de garder à l'esprit ces exigences et les conséquences de leur non-respect.

[95] Si la demande écrite de l'accusé résiste à l'examen, l'instance passe alors à l'étape du voir-dire et l'attention du tribunal se dirige vers le par. 276(2). À mon avis, pour satisfaire au critère de la pertinence au titre de l'al. 276(2)(b), l'accusé doit démontrer que cette preuve s'attache à un aspect légitime de sa défense et qu'elle est essentielle à sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Pour cela, l'accusé doit pouvoir cerner les questions ou faits précis liés à sa défense que le juge des faits ne pourrait résoudre ou comprendre adéquatement que s'il est fait référence à la preuve en cause concernant une activité sexuelle. Au moment de formuler ces questions ou faits précis, l'accusé ne pourra se contenter de faire valoir la nécessité d'une mise en « contexte » plus générale ou d'un « récit » plus détaillé. En fait, si un tel argument suffisait pour justifier l'admission d'une preuve concernant une activité sexuelle, alors le régime établi par l'art. 276 ne serait rien de plus qu'un dos d'âne législatif sur le chemin de l'admission.

[96] Par ailleurs, l'exigence voulant que la preuve soit « essentielle » à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière signifie que, même s'il est possible de rattacher la preuve à des questions ou faits précis liés à la défense de l'accusé, son admission n'est pas garantie. Il peut y avoir des cas où la preuve, bien qu'elle soit en rapport avec des questions ou faits précis liés à la défense de l'accusé, n'a que peu d'incidence sur celle-ci. En pareils cas, le juge du procès peut, à sa discrétion, exclure la preuve au motif que des considérations faisant contrepoids, telles que la nécessité de protéger le droit à la vie privée et la dignité de la plaignante, l'emportent sur le lien ténu qui existe entre la preuve et la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[97] Gardant ces points à l'esprit, j'estime que lorsqu'il applique ce régime, le juge du procès doit adopter une approche prudente et rigoureuse — une approche qui tient compte des risques allant de pair avec la preuve concernant une activité sexuelle et qui

designed to ensure that any admissible sexual activity evidence is limited in scope and that its legitimate purpose is identified and weighed against countervailing considerations. A careful application of these requirements is essential to the integrity of the trial process.

[98] The integrity of the trial process can be further protected by adopting certain best practices for communicating general relationship evidence, such as the kind sought to be adduced in this case, after an admissibility ruling has been made. As the Attorney General of Ontario (“AGO”) suggested in its intervenor submissions before this Court, where general relationship evidence is ruled admissible under s. 276(2), the parties should reduce that evidence to a clear and concise agreed statement of facts prior to trial. This statement would ensure that the evidence elicited at trial does not stray beyond the parameters of the trial judge’s ruling. Alternatively, the trial judge has the discretion to permit Crown and defence counsel to lead the complainant and the accused respectively through an accurate description of their relationship. These simple, prudent practices can go a long way to ensuring the scope of sexual activity evidence elicited at trial goes no further than necessary, thereby safeguarding the privacy rights and dignity of the complainant, preserving the integrity of the trial process, and promoting the search for truth.

[99] Furthermore, where sexual activity evidence has been ruled admissible under s. 276(2), all trial participants — including the trial judge, Crown and defence counsel, and witnesses — must hew to the specific, legitimate purpose for which the evidence has been admitted, without expanding the scope of the ruling or using the admissible evidence for inadmissible purposes. Any new bases for admissibility that emerge during the course of the trial should be the subject of a fresh s. 276 application. And when sexual activity evidence is ultimately elicited at trial, it should be followed swiftly by a mid-trial limiting

assure une protection contre de tels risques. Les exigences énoncées au par. 276(2) visent à ce que toute preuve admissible concernant une activité sexuelle ait une portée limitée et que la fin légitime qu’elle vise soit précisée et soupesée au regard de considérations faisant contrepoids. L’application consciencieuse de ces exigences est essentielle à l’intégrité du procès.

[98] L’intégrité du procès peut également être protégée par l’adoption de certaines pratiques exemplaires relatives à la communication de la preuve générale d’une relation, comme celle que l’accusé cherche à présenter en l’espèce, une fois que la décision concernant l’admissibilité a été rendue. Comme la procureure générale de l’Ontario (« PGO ») l’a suggéré dans les observations qu’elle a présentées à notre Cour en sa qualité d’intervenante, lorsque la preuve générale d’une relation est jugée admissible en application du par. 276(2), les parties devraient la présenter avant le procès sous la forme d’un exposé conjoint des faits clair et concis. Grâce à cet exposé, la preuve obtenue au procès ne s’écarterait pas des paramètres établis par le juge du procès dans sa décision. Par ailleurs, le juge du procès peut, à sa discrétion, permettre aux avocats de la poursuite et de la défense d’amener la plaignante et l’accusé à donner, respectivement, une description précise de leur relation. Ces pratiques simples et prudentes peuvent grandement contribuer à ce que la preuve concernant une activité sexuelle obtenue au procès se limite à ce qui est nécessaire, ce qui protège le droit à la vie privée et la dignité de la plaignante, préserve l’intégrité du procès et favorise la recherche de la vérité.

[99] De plus, lorsqu’une preuve concernant une activité sexuelle est jugée admissible en application du par. 276(2), tous les participants au procès — y compris le juge, les avocats de la poursuite et de la défense, et les témoins — doivent s’en tenir à la fin précise et légitime pour laquelle la preuve a été admise, sans élargir la portée de la décision ou utiliser la preuve admissible à des fins inadmissibles. Tout nouveau motif militant en faveur de l’admissibilité soulevé pendant le procès devrait faire l’objet d’une nouvelle demande fondée sur l’art. 276. Et lorsqu’une preuve concernant une activité sexuelle

instruction to the jury that identifies both the permissible and impermissible uses of the evidence. This instruction should be reinforced by a final jury instruction. In short, everyone must get crystal clear — and *remain* crystal clear — about why the evidence is being admitted.

[100] With these principles in mind, I will now consider whether the trial judge in this case erred in admitting the “friends with benefits” evidence under s. 276.

B. *Application of Section 276*

[101] The determination of whether sexual activity evidence is admissible under s. 276 raises a question of law (see s. 276.5). A ruling on this matter is therefore reviewable on a standard of correctness. To determine whether the trial judge erred in this case, we must consider the facts as known to her at the time of the *voir dire*.

[102] In his affidavit filed in support of his application under s. 276.1, Mr. Goldfinch stated that after their breakup, he and the complainant would “get together at [his] residence . . . to have sexual intercourse”. He also noted that they “both referred to this relationship as a ‘friend’s [*sic*] with benefits’ arrangement” (A.R., vol. I, at p. 5). At the s. 276.2 *voir dire*, Mr. Goldfinch argued that evidence of the sexual nature of their relationship was necessary to “provide proper context” and “to avoid leaving the jury with the erroneous impression that after the complainant and [he] ceased living together they maintained a purely platonic friendship” (A.R., vol. I, at p. 5).

[103] In conducting the s. 276.2 *voir dire*,¹¹ the trial judge was required to first consider s. 276(1) and then ask whether, in light of the bases for admission

¹¹ As will become apparent, I consider it doubtful that Mr. Goldfinch’s application would have met the relevance test under s. 276.1 (see para. 94 above). But that issue was not raised on appeal.

est finalement présentée au procès, elle doit être rapidement suivie d’une directive restrictive en cours de procès indiquant au jury les utilisations qu’il peut ou non en faire. Cette directive devrait être confirmée par les directives finales au jury. Bref, tout le monde doit comprendre de façon parfaitement claire — et *en tout temps* — pourquoi la preuve est admise.

[100] En gardant ces principes à l’esprit, j’examinerai maintenant la question de savoir si la juge du procès a, en l’espèce, commis une erreur en admettant la preuve de la relation « amis-amants » en application de l’art. 276.

B. *Application de l’art. 276*

[101] La décision quant à l’admissibilité d’une preuve concernant une activité sexuelle en application de l’art. 276 soulève une question de droit (voir l’art. 276.5). Toute décision sur le sujet est donc susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Pour établir si la juge du procès a commis une erreur en l’espèce, nous devons examiner les faits dont elle avait connaissance au moment du voir-dire.

[102] Dans l’affidavit qu’il a déposé à l’appui de sa demande fondée sur l’art. 276.1, M. Goldfinch a déclaré qu’après leur rupture, la plaignante et lui [TRANSDUCTION] « se rencontraient chez lui [. . .] pour avoir des relations sexuelles ». Il a également mentionné qu’ils « qualifiaient tous deux cette relation d’entente “amis-amants” » (d.a., vol. I, p. 5). Lors du voir-dire tenu en application de l’art. 276.2, M. Goldfinch a soutenu que la preuve du caractère sexuel de la relation qu’il entretenait avec la plaignante était nécessaire pour que cette relation soit placée « dans le bon contexte » et « pour éviter que le jury ait la fausse impression que, après la fin de leur cohabitation, la plaignante et [lui] avaient entretenu une relation d’amitié purement platonique » (d.a., vol. I, p. 5).

[103] Lors du voir-dire mené en application de l’art. 276.2¹², la juge du procès devait d’abord examiner le par. 276(1) et se demander ensuite si, à la lu-

¹² Comme je l’expliquerai plus loin, je doute que la demande de M. Goldfinch aurait satisfait au critère de la pertinence prévu à l’art. 276.1 (voir par. 94). Cette question n’a toutefois pas été soulevée en appel.

set out in Mr. Goldfinch’s application, the proposed evidence satisfied the three requirements set out in s. 276(2), taking into account the factors listed in s. 276(3). I will consider and apply these provisions in turn, keeping in mind that the analysis must remain fixed at the time of the *voir dire*.

[104] Before commencing this analysis, I note that the relationship evidence sought to be adduced in this case — evidence of a “friends with benefits” relationship involving occasional sex — directly implicates sexual activity and is therefore subject to the s. 276 regime. Whether general evidence of categories of relationships that *may or may not* involve sexual activity — such as marriage, dating, etc. — might also engage s. 276 is not before the Court. I would therefore leave that issue for another day. That said, without finally deciding the matter, I am inclined to the view that such evidence would not, without more, engage s. 276, as it does not amount to “evidence that the complainant has engaged in sexual activity” (s. 276(1) and (2)). Of course, if the accused were to seek to go into details about the relationship revealing that the complainant has engaged in sexual activity — for example, evidence that the accused and the complainant were in a spousal relationship *involving regular sex* (see *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351) — then that evidence would have to pass through the s. 276 filter.

(1) Section 276(1)

[105] As indicated, under s. 276(1), sexual activity evidence cannot be admitted to support the inference that, by reason of the sexual nature of the activity, the complainant was more likely to have consented to the sexual activity forming the subject-matter of the charge or is less worthy of belief.

[106] In this case, as I have explained, Mr. Goldfinch sought to tender evidence that at the time of the alleged sexual assault, he and the complainant

mière des motifs en vue de l’admission énoncés dans la demande de M. Goldfinch, la preuve que ce dernier cherchait à présenter respectait les trois exigences du par. 276(2), eu égard aux facteurs du par. 276(3). J’examinerai et appliquerai ces dispositions tour à tour, tout en gardant à l’esprit que l’analyse doit se limiter aux faits connus à la date du voir-dire.

[104] Avant de commencer mon analyse, je constate que la preuve de la relation que l’accusé cherche à présenter en l’espèce — la preuve d’une relation « amis-amants » comportant des relations sexuelles occasionnelles — implique directement des activités sexuelles et est donc assujettie au régime établi par l’art. 276. La Cour n’est pas appelée à trancher la question de savoir si la preuve générale de certains types de relations qui *peuvent ou non* comporter des activités sexuelles — comme le mariage, les fréquentations, etc. — est aussi susceptible de faire intervenir l’art. 276. Il vaut mieux remettre l’examen de cette question à une autre occasion. Cela dit, sans trancher l’affaire de façon définitive, je suis porté à croire qu’une telle preuve ne ferait pas, sans plus, intervenir l’art. 276, puisqu’elle n’équivaut pas à une « preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle » (par. 276(1) et (2)). Évidemment, si l’accusé cherchait à entrer dans les détails concernant la relation, lesquels révéleraient que la plaignante a eu une activité sexuelle — par exemple, une preuve établissant que l’accusé et la plaignante étaient unis par une relation conjugale *comportant des relations sexuelles régulières* (voir *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351) — la preuve devrait passer par le filtre de l’art. 276.

(1) Paragraphe 276(1)

[105] Tel qu’il est indiqué précédemment, aux termes du par. 276(1), la preuve concernant une activité sexuelle est inadmissible pour permettre d’inférer du caractère sexuel de cette activité que la plaignante était plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation ou qu’elle est moins digne de foi.

[106] Dans l’affaire qui nous occupe, comme je l’ai expliqué, M. Goldfinch a demandé l’autorisation de présenter une preuve établissant que, à l’époque

maintained a “friends with benefits” relationship that involved occasional sex. On its face, this evidence could potentially be used to support the first of the twin myths — the myth that because the complainant consented to have sex with Mr. Goldfinch in the past, she was more likely to have consented to the sexual activity forming the subject-matter of the sexual assault charge. However, s. 276(1) takes this potential use off the table. As such, unless Mr. Goldfinch could point to some *legitimate* use of the sexual activity evidence that would justify admission, that evidence was inadmissible. To determine whether a legitimate use justifying admission existed, we must turn to s. 276(2).

(2) Section 276(2)

[107] Section 276(2) provides that in order to be admissible, sexual activity evidence must: (a) be of specific instances of sexual activity; (b) be relevant to an issue at trial; and (c) possess significant probative value that substantially outweighs the danger of prejudice to the proper administration of justice. I will consider and apply these requirements in turn.

(a) *Specific Instances of Sexual Activity*

[108] The first requirement of s. 276(2) is that the evidence “be of specific instances of sexual activity”.

[109] In *L.S.*, the Ontario Court of Appeal considered whether “relationship evidence” could satisfy s. 276(2)(a)’s specificity requirement. In that case, the complainant and the accused were in a spousal relationship. The complainant alleged that the accused sexually assaulted her. The accused applied to introduce evidence of the nature of his relationship with the complainant under s. 276. The affidavit filed in support of his application stated that he and the complainant “were together as a couple for the entire year of 2009” and that they had an “active sex life for that year” in which they “had sex on a regular basis” (para. 53).

de l’agression sexuelle reprochée, la plaignante et lui entretenaient une relation « amis-amants » comportant des relations sexuelles occasionnelles. À première vue, cette preuve pourrait servir à étayer le premier des deux mythes — celui voulant que, parce que la plaignante a déjà consenti à avoir des relations sexuelles avec M. Goldfinch, elle était plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation d’agression sexuelle. Or, le par. 276(1) écarte cette utilisation potentielle. Ainsi, à moins que M. Goldfinch ait pu indiquer une utilisation *légitime* de la preuve concernant une activité sexuelle qui justifierait son admission, celle-ci était inadmissible. Pour établir si une utilisation légitime justifiait l’admission de la preuve, nous devons examiner le par. 276(2).

(2) Paragraphe 276(2)

[107] Le paragraphe 276(2) dispose que, pour être admissible, la preuve concernant une activité sexuelle doit : a) porter sur des cas particuliers d’activité sexuelle; b) être en rapport avec un élément de la cause; et c) avoir une valeur probante qui l’emporte sensiblement sur le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice. J’examinerai et appliquerai chacune de ces exigences à tour de rôle.

a) *Cas particuliers d’activité sexuelle*

[108] Le paragraphe 276(2) exige en premier lieu que la preuve « porte sur des cas particuliers d’activité sexuelle ».

[109] Dans l’arrêt *L.S.*, la Cour d’appel de l’Ontario s’est demandé si la « preuve d’une relation » pouvait satisfaire à l’exigence relative aux cas particuliers de l’al. 276(2)a). Dans cette affaire, la plaignante et l’accusé vivaient dans une relation conjugale. La plaignante soutenait que l’accusé l’avait agressée sexuellement. L’accusé a demandé l’autorisation de présenter une preuve établissant la nature de la relation qu’il entretenait avec la plaignante en vertu de l’art. 276. Dans l’affidavit déposé à l’appui de sa demande, il a déclaré que la plaignante et lui [TRADUCTION] « avaient formé un couple pendant toute l’année 2009 » et que « pendant cette année, ils avaient eu une vie sexuelle active », c’est-à-dire qu’ils « avaient eu régulièrement des relations sexuelles » (par. 53).

[110] Justice Doherty, writing for a unanimous panel, held that despite the absence of specific features of the sexual activity or individualized instances of sexual activity in the accused’s affidavit, the evidence nonetheless satisfied the “specific instances” requirement under s. 276(2)(a). He reasoned that the content of the “specific instances” requirement is linked to the nature of the evidence sought to be adduced. Where the accused seeks to introduce evidence of an individual instance of sexual activity, he must identify that instance with specificity. By contrast, where the accused seeks to introduce general evidence that describes the nature of the relationship between the accused and the complainant, “the specificity requirement speaks to factors relevant to identifying the relationship and its nature and not to details of specific sexual encounters” (para. 83). These factors will include “the parties to the relationship, the relevant time period, and the nature of the relationship” (para. 83).

[111] I would adopt Doherty J.A.’s interpretation of s. 276(2)(a) insofar as it relates to evidence of the nature of the relationship between the complainant and the accused before, at the time of, and after the sexual activity forming the subject-matter of the charge.

[112] Here, Mr. Goldfinch’s affidavit specified the parties to the relationship (himself and the complainant), the relevant time period (subsequent to their breakup in 2012 until the alleged sexual assault in May 2014), and the nature of the relationship (“friends with benefits”). Therefore, the trial judge was correct in her conclusion that Mr. Goldfinch discharged the requirement under s. 276(2)(a) that the evidence be of specific instances of sexual activity.

(b) *Relevant to an Issue at Trial*

[113] The second requirement of s. 276(2) is that the evidence be “relevant to an issue at trial”. To fulfill this requirement, the accused must “establish a connection between the complainant’s sexual history and the accused’s defence” (*Darrach*, at para. 56).

[110] Le juge Doherty, s’exprimant au nom d’une formation unanime, a conclu que, même si l’affidavit de l’accusé ne faisait mention d’aucune caractéristique particulière de l’activité sexuelle ou de cas particuliers d’activité sexuelle, la preuve répondait quand même à l’exigence voulant qu’elle porte sur des « cas particuliers » comme le prévoit l’al. 276(2)a). Selon lui, le contenu de cette exigence est lié à la nature de la preuve que l’accusé cherche à présenter. Lorsque celui-ci cherche à présenter la preuve d’un cas particulier d’activité sexuelle, il doit décrire ce cas avec précision. Par contre, lorsque l’accusé cherche à présenter une preuve générale qui décrit la nature de la relation entre lui et la plaignante, [TRADUCTION] « l’exigence relative aux cas particuliers renvoie aux facteurs permettant de définir la relation et sa nature et non aux détails des rapports sexuels particuliers » (par. 83). Ces facteurs comprennent notamment « les parties à la relation, la période pertinente et la nature de la relation » (par. 83).

[111] Je ferais mienne l’interprétation que donne le juge Doherty à l’al. 276(2)a) dans la mesure où elle s’applique à la preuve établissant la nature de la relation qu’entretenaient la plaignante et l’accusé avant, pendant et après l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation.

[112] En l’espèce, l’affidavit de M. Goldfinch précisait qui étaient les parties à la relation (lui-même et la plaignante), la période pertinente (de leur rupture en 2012 jusqu’à l’agression sexuelle qui aurait eu lieu en mai 2014) et la nature de la relation (« amis-amants »). Par conséquent, la juge du procès a eu raison de conclure que M. Goldfinch avait satisfait à l’exigence de démontrer que la preuve portait sur des cas particuliers d’activité sexuelle comme le prévoit l’al. 276(2)a).

b) *Rapport avec un élément de la cause*

[113] Le paragraphe 276(2) exige en second lieu que la preuve soit « en rapport avec un élément de la cause ». Pour satisfaire à cette exigence, l’accusé doit « établir l’existence d’un lien entre le comportement sexuel antérieur de la plaignante et le moyen de défense invoqué par l’accusé » (*Darrach*, par. 56).

[114] Here, Mr. Goldfinch argued that the threshold for relevance was met because the “friends with benefits” evidence: (1) was necessary to avoid an erroneous misapprehension on the part of the jury that he and the complainant were platonic friends at the time of the alleged sexual assault; and (2) provided “context” to the issues at trial. I will consider each argument in turn.

[115] By way of background, at the *voir dire* stage, Crown counsel proposed a statement of facts that did not include the existence of a “friends with benefits” relationship between Mr. Goldfinch and the complainant. Instead, the proposed statement of facts stated that Mr. Goldfinch and the complainant had previously been in a romantic relationship for seven or eight months, during which time they lived together. It further stated that they were friends at the time of the events in question and the complainant sometimes spent the night at Mr. Goldfinch’s residence.

[116] The problem with the first rationale advanced by Mr. Goldfinch is that it does not explain *why* it would be necessary to correct any potential “misapprehension” as to the sexual nature of his relationship with the complainant. A judge reviewing Mr. Goldfinch’s application might legitimately conclude that the “friends with benefits” evidence was being proffered solely to inform the jury that the two were occasionally engaging in sexual intercourse during the relevant time frame, and to potentially support the impermissible inference that it was more likely that the complainant consented on the night in question. If this was the sole reason for which the defence sought to correct the supposed “misapprehension”, then the evidence was inadmissible by virtue of s. 276(1). Assuming, however, that there *may* have been a legitimate reason to correct any potential “misapprehension” on the part of the jury, Mr. Goldfinch’s application did not identify one.

[117] As for the second rationale, Mr. Goldfinch argued that the sexual activity evidence was relevant to his defence because it provided “context” to the events that formed the subject-matter of the sexual

[114] En l’espèce, M. Goldfinch soutient que le critère de la pertinence est respecté parce que la preuve de la relation « amis-amants » : (1) était nécessaire pour éviter que le jury croit, en raison d’une interprétation erronée, que la plaignante et lui entretenaient une relation platonique au moment de l’agression sexuelle reprochée; et (2) mettait en « contexte » les éléments de la cause. Je vais examiner chacun de ces arguments tour à tour.

[115] À titre indicatif, la procureure de la Couronne, lors du voir-dire, a présenté un exposé des faits qui ne faisait pas mention de l’existence d’une relation « amis-amants » entre M. Goldfinch et la plaignante. Il y était plutôt mentionné que M. Goldfinch et la plaignante avaient entretenu une relation amoureuse pendant sept ou huit mois et qu’à cette époque, ils vivaient ensemble. Il y était également mentionné qu’ils étaient amis au moment des événements en cause et que la plaignante passait parfois la nuit chez M. Goldfinch.

[116] Le problème que pose la première justification avancée par M. Goldfinch est qu’il n’explique pas *pourquoi* il serait nécessaire que soit corrigée toute « interprétation erronée » éventuelle quant au caractère sexuel de sa relation avec la plaignante. Un juge qui examine la demande de M. Goldfinch pourrait en toute légitimité conclure que la preuve de la relation « amis-amants » a été présentée seulement pour informer le jury que, pendant la période pertinente, l’accusé et la plaignante avaient occasionnellement eu des relations sexuelles, et pour possiblement étayer l’inférence interdite que la plaignante était plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle le soir en question. S’il s’agit de l’unique raison pour laquelle la défense cherchait à corriger la soi-disant « interprétation erronée », il s’ensuit que la preuve était inadmissible en application du par. 276(1). À supposer, cependant, qu’il *puisse* y avoir eu une raison légitime pour laquelle toute « interprétation erronée » éventuelle de la part du jury aurait dû être corrigée, la demande de M. Goldfinch n’en mentionnait aucune.

[117] Comme seconde justification, M. Goldfinch a fait valoir que la preuve concernant une activité sexuelle était pertinente pour assurer sa défense parce qu’elle mettait en « contexte » l’activité à l’origine de

assault charge. The trial judge described the existence of an ongoing sexual relationship between the complainant and Mr. Goldfinch as a “background piece of evidence” that the jurors could use when assessing the conflicting direct evidence “as to whether or not the complainant did consent to the events in question” (A.R., vol. I, at p. 9).

[118] In my view, this line of reasoning paints with too broad a brushstroke. While it is true in every case that the existence of a “friends with benefits” relationship between the complainant and the accused provides “context” to the events at issue, neither Mr. Goldfinch’s vaguely drafted affidavit nor his arguments at the *voir dire* stage specified the precise inference he wanted the jury to draw from that “context”. Put differently, he failed to identify a specific, legitimate purpose for putting the “friends with benefits” evidence before the jury — he did not link the evidence to specific facts or issues relating to his defence that could be properly understood and resolved only if reference could be made to the “friends with benefits” evidence.

[119] Where sexual activity evidence is concerned, the failure to identify the explicit link between the evidence and specific facts or issues relating to the accused’s defence can result in twin-myth reasoning slipping into the courtroom in the guise of “context”. For example, there is a risk that sexual activity evidence may be used, whether consciously or not, to “contextualize” a complainant’s testimony that she did not consent to the sexual activity in question through twin-myth reasoning: because the complainant consented in the past (the “context”), it is more likely that she consented this time as well. This is, of course, precisely the sort of stereotypical reasoning s. 276(1) sought to banish from the courtroom. Yet without a clear and precise identification of the specific purpose for which sexual activity evidence is sought to be introduced, this sort of reasoning can all too easily infiltrate the courtroom through the Trojan horse of “context”.

l’accusation d’agression sexuelle. La juge du procès a qualifié l’existence de la relation continue à caractère sexuel entre la plaignante et M. Goldfinch [TRADUCTION] d’« élément de preuve contextuel » que les jurés pouvaient utiliser pour évaluer les éléments de preuve directs et contradictoires portant sur « la question de savoir si la plaignante avait consenti à l’activité en cause » (d.a., vol. I, p. 9).

[118] Selon moi, ce raisonnement ratisse trop large. Bien qu’il soit vrai dans tous les cas que l’existence d’une relation « amis-amants » entre la plaignante et l’accusé mette en « contexte » les événements en cause, en l’espèce, ni l’affidavit de M. Goldfinch, rédigé en termes vagues, ni les arguments qu’il a fait valoir à l’étape du voir-dire n’indiquaient l’inference précise qu’il souhaitait que le jury tire de ce « contexte ». Autrement dit, il a omis d’invoquer une fin légitime précise pour laquelle il voulait présenter la preuve de la relation « amis-amants » au jury — il n’a établi aucun lien entre la preuve et des questions ou faits précis liés à sa défense dont la compréhension ou la résolution nécessitait qu’il soit fait référence à la preuve de la relation « amis-amants ».

[119] Lorsqu’il est question d’une preuve concernant une activité sexuelle, l’omission de préciser le lien explicite entre la preuve et des questions ou faits précis liés à la défense de l’accusé peut aboutir à un raisonnement fondé sur les deux mythes qui se glisserait dans la salle d’audience en tant qu’élément de « contexte ». À titre d’exemple, il existe un risque que la preuve concernant une activité sexuelle soit utilisée, consciemment ou non, pour « mettre en contexte » le témoignage d’une plaignante selon lequel elle n’a pas consenti à l’activité sexuelle en cause au moyen d’un raisonnement fondé sur les deux mythes : comme la plaignante a consenti à une telle activité par le passé (le « contexte »), elle est plus susceptible d’y avoir consenti cette fois-ci. Il s’agit, à l’évidence, précisément du type de raisonnement stéréotypé que le par. 276(1) est censé bannir des salles d’audience. Or, sans indication claire et précise concernant la fin particulière pour laquelle une partie cherche à présenter une preuve concernant une activité sexuelle, ce type de raisonnement peut beaucoup trop facilement s’introduire dans les salles d’audience en utilisant le « contexte » comme cheval de Troie.

[120] In sum, the “context” rationale offered by Mr. Goldfinch was insufficient to satisfy s. 276(2)(b). In my respectful view, any conclusion to the contrary would open the door to the admission of sexual activity evidence in every case where the complainant and the accused were in a previous or ongoing sexual relationship, so long as the accused cites the need for greater “context” in his application. This cannot have been Parliament’s intent. The words “context” and “narrative” do not, in my view, offer the accused a means of bypassing the measured analysis required by s. 276.

[121] Thus, the key flaw in Mr. Goldfinch’s application was his failure to identify specific facts or issues relating to his defence that could be properly understood and resolved by the trier of fact only if reference was made to the “friends with benefits” evidence. Some discussion of what I mean by “specific facts or issues relating to [the accused’s] defence” may prove helpful. As I will develop, without reaching any final decision on the matter, I note that in this case there was at least one specific issue that Mr. Goldfinch could have referred to in his application that might have properly supported admission of the “friends with benefits” evidence: the jury’s assessment of Mr. Goldfinch’s testimony that he mouthed the words “I’m going to fuck you” to the complainant shortly before they went downstairs. In discussing this example below, I should not be taken as foreclosing the possibility that additional facts or issues relating to Mr. Goldfinch’s defence may be identified at the new trial that might support the admission of the “friends with benefits” evidence.

[122] When explaining the events leading up to the sexual activity forming the basis of the sexual assault charge, Mr. Goldfinch testified as follows:

Well, we went downstairs, [the complainant] and I. I had asked her to come downstairs with me. Prior to that, we were talking and joking around and everything, getting

[120] En bref, la justification liée au « contexte » invoquée par M. Goldfinch était insuffisante pour satisfaire à l’exigence de l’al. 276(2)b). À mon humble avis, toute conclusion contraire ouvrirait la porte à l’admission d’une preuve concernant une activité sexuelle dans tous les cas où la plaignante et l’accusé ont, ou ont eu, une relation à caractère sexuel, pour autant que l’accusé invoque dans sa demande la nécessité de fournir plus de « contexte ». Le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat. J’estime que les mots « contexte » et « récit » ne doivent pas donner à l’accusé un moyen de contourner l’analyse attentive qu’exige l’art. 276.

[121] Par conséquent, le principal problème de la demande de M. Goldfinch tenait au fait qu’il n’a pas invoqué de questions ou faits précis liés à sa défense que le juge des faits aurait pu résoudre ou comprendre adéquatement que s’il était fait référence à la preuve de la relation « amis-amants ». Il peut être utile d’examiner plus attentivement ce que j’entends par « questions ou faits précis liés à la défense [de l’accusé] ». Comme je vais l’expliquer, sans trancher définitivement la question, je constate que, dans la présente affaire, il y avait au moins une question précise que M. Goldfinch aurait pu mentionner dans sa demande et qui était susceptible de justifier adéquatement l’admission de la preuve concernant la relation « amis-amants » : l’appréciation par le jury de son témoignage concernant le fait qu’il aurait articulé en silence à l’intention de la plaignante les mots « je vais te baiser » peu de temps avant qu’ils descendent au sous-sol. Il ne doit pas être inféré de l’examen que je vais maintenant faire de cet exemple que j’empêche la possibilité que des faits ou questions supplémentaires liés à la défense de M. Goldfinch soient invoqués, lors du nouveau procès, à l’appui de l’admission de la preuve concernant la relation « amis-amants ».

[122] Voici ce que M. Goldfinch a déclaré lorsqu’il a expliqué les événements ayant mené à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation d’agression sexuelle :

[TRADUCTION] Eh bien, nous sommes allés au sous-sol, [la plaignante] et moi. Je l’avais invitée à descendre au sous-sol avec moi. Avant cela, nous parlions et faisons des

along very well upstairs . . . and I kind of mouthed to her I'm going to fuck you. And she smiled, gave me a little cute smile back.

(A.R., vol. III, at p. 198)

[123] Evidence that the complainant and Mr. Goldfinch were in a “friends with benefits” relationship at the time of these events may have provided necessary context to aid the jury in assessing Mr. Goldfinch’s testimony that he mouthed the words “I’m going to fuck you” to the complainant. If the jury lacked the knowledge that the two were in a sexual relationship at the time, this statement by Mr. Goldfinch might have seemed bizarre or even menacing. Furthermore, Mr. Goldfinch’s testimony that he made this statement to the complainant may itself have seemed implausible. In this way, withholding the “friends with benefits” evidence from the jury could have led them to make an adverse credibility determination against Mr. Goldfinch that they otherwise would not have made. A jury’s determination of which witnesses to find credible is a holistic exercise that involves assessing the plausibility and coherence of a given witness’s testimony throughout the course of the trial. Withholding the sexual nature of Mr. Goldfinch’s relationship with the complainant could have had an adverse impact on the jury’s assessment of Mr. Goldfinch’s credibility, potentially infringing upon his right to make full answer and defence.

[124] To be clear, however, just as generic references to “context” or “narrative” will not suffice to justify the admission of sexual activity evidence under s. 276(2), bare invocations of “credibility” will not be enough. Credibility is a key issue in almost every sexual assault trial — the centrality of credibility assessments does not, however, allow the accused to bypass the rigours of s. 276. Instead, where credibility is concerned, the accused must identify specific facts or issues that require reference to the sexual activity evidence to be understood and

blagues et ainsi de suite; pendant que nous étions à l’étage, nous nous entendions très bien [...] et je lui ai comme dit à voix basse « je vais te baiser ». Et elle a souri, elle m’a fait un joli petit sourire.

(d.a., vol. III, p. 198)

[123] La preuve que la plaignante et M. Goldfinch entretenaient une relation « amis-amants » au moment où ces événements se sont produits aurait peut-être fourni le contexte nécessaire pour aider le jury à évaluer le témoignage de M. Goldfinch selon lequel il a articulé en silence, à l’intention de la plaignante, les mots « je vais te baiser ». Si le jury ne savait pas que la plaignante et M. Goldfinch entretenaient une relation à caractère sexuel à l’époque, cette déclaration de M. Goldfinch aurait pu leur sembler bizarre et même menaçante. De plus, son témoignage concernant le fait qu’il se soit ainsi adressé à la plaignante aurait pu en lui-même paraître invraisemblable. De cette façon, le fait de priver le jury de la preuve concernant la relation « amis-amants » aurait été susceptible de l’amener à tirer une conclusion défavorable concernant la crédibilité de M. Goldfinch qu’il n’aurait pas autrement tirée. La décision du jury quant à savoir si un témoin est crédible est une démarche globale qui repose sur l’évaluation de la vraisemblance et de la cohérence du témoignage du témoin concerné tout au long du procès. Le fait de priver le jury de la preuve relative au caractère sexuel de la relation de M. Goldfinch avec la plaignante aurait été susceptible d’avoir une incidence négative sur son évaluation de la crédibilité de M. Goldfinch, ce qui aurait potentiellement porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière.

[124] Précisons toutefois qu’il ne suffit pas de mentionner de façon générale le « contexte » ou le « récit » pour justifier l’admission d’une preuve concernant une activité sexuelle en application du par. 276(2), et invoquer simplement la « crédibilité » ne suffit pas non plus. La crédibilité est un enjeu clé dans presque tous les procès pour agression sexuelle — cependant, l’importance de l’appréciation de la crédibilité ne permet pas que l’accusé contourne les exigences de l’art. 276. De fait, lorsque la crédibilité est en jeu, l’accusé doit faire mention

that could have a material impact on a credibility assessment.

[125] Returning to the case at hand, Mr. Goldfinch might have been able to establish a legitimate link between the “friends with benefits” evidence and his credibility by pointing to the need to enable the jury to properly assess his testimony that he mouthed the words “I’m going to fuck you” to the complainant. Had Mr. Goldfinch referenced this aspect of his anticipated testimony in his s. 276 application, the trial judge would have been better equipped to engage in the balancing exercise required by s. 276(2) and (3). Indeed, she may have properly determined that the “friends with benefits” evidence was admissible for the narrow purpose of allowing the jury to assess Mr. Goldfinch’s testimony on this point. She may have further found that the impact on the complainant’s privacy rights and dignity would be limited, as the bare fact that Mr. Goldfinch and the complainant were in a “friends with benefits” relationship at the time of the alleged sexual assault would be unlikely to unduly arouse the jury’s sentiments and would not require a sweeping and prejudicial inquiry into the complainant’s sexual history. She may have also determined that admission of the evidence was necessary to ensure Mr. Goldfinch’s right to make full answer and defence.

[126] Be that as it may, the fact remains that in this case the “friends with benefits” evidence was admitted for a different — and much broader — purpose. It was ushered into the courtroom under the broad banner of “context”, without any identification of the specific facts or issues relating to Mr. Goldfinch’s defence that required reference to this “context” to be properly understood and resolved. In short, Mr. Goldfinch’s application lacked the specificity and precision required to justify admission of the evidence in question.

[127] For these reasons, I conclude that Mr. Goldfinch’s s. 276 application did not satisfy the “relevant

des questions ou faits précis dont la compréhension nécessite qu’il soit fait référence à la preuve concernant une activité sexuelle et qui sont susceptibles d’avoir une incidence importante sur l’évaluation de la crédibilité.

[125] Dans la présente affaire, M. Goldfinch aurait peut-être été en mesure d’établir un lien légitime entre la preuve concernant la relation « amis-amants » et sa crédibilité en faisant ressortir la nécessité de permettre au jury d’évaluer adéquatement son témoignage selon lequel il avait articulé en silence les mots « je vais te baiser » à l’intention de la plaignante. Si M. Goldfinch avait fait mention de cet aspect du témoignage qu’il entendait livrer dans sa demande fondée sur l’art. 276, la juge du procès aurait été plus en mesure d’effectuer la mise en balance qu’exigent les par. 276(2) et (3). De fait, elle aurait pu conclure à juste titre que la preuve concernant la relation « amis-amants » était admissible à seule fin de permettre au jury d’apprécier le témoignage de M. Goldfinch sur ce point. Elle aurait aussi pu conclure que l’incidence sur le droit à la vie privée et la dignité de la plaignante aurait été peu importante, étant donné que le simple fait que M. Goldfinch et la plaignante étaient dans une relation « amis-amants » au moment de l’agression sexuelle reprochée était peu susceptible de susciter abusivement des sentiments négatifs chez le jury et ne nécessiterait pas une enquête exhaustive et préjudiciable concernant le passé sexuel de la plaignante. Peut-être aurait-elle aussi conclu que l’admission de la preuve était nécessaire pour assurer à M. Goldfinch le respect de son droit à une défense pleine et entière.

[126] Quoi qu’il en soit, il n’en demeure pas moins que, en l’espèce, la preuve concernant la relation « amis-amants » a été admise à une autre fin — beaucoup plus générale. Elle a été introduite dans la salle d’audience à titre général de « contexte » sans être associée à des questions ou faits précis concernant la défense de M. Goldfinch dont la compréhension ou la résolution adéquate nécessitait une mise en « contexte ». En bref, la demande de M. Goldfinch n’était pas suffisamment ciblée et précise pour justifier l’admission de la preuve en question.

[127] Pour ces motifs, je conclus que la demande présentée par M. Goldfinch sur le fondement de

to an issue at trial” requirement under s. 276(2)(b). Accordingly, it ought to have been denied.

(c) *Probative Value Versus Potential Prejudicial Effect*

[128] The third requirement of s. 276(2) is that the evidence have “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”. As this Court explained in *Darrach*, “[t]he requirement of ‘significant probative value’ serves to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the ‘proper administration of justice’” (para. 41).

[129] Evidence that is not relevant under s. 276(2)(b) is necessarily incapable of possessing any probative value, as the concept of probative value presupposes that the evidence bears on a relevant issue. Thus, given my conclusion that the sexual activity evidence in this case was not relevant to an issue at trial based on the application presented to the trial judge, I conclude that the evidence was incapable of satisfying the third requirement under s. 276(2).

[130] That said, in the interest of providing further guidance, I will briefly explain why the lack of specificity in Mr. Goldfinch’s application also adversely impacted the trial judge’s ability to balance the probative value of the evidence against its potential prejudicial effect as required by s. 276(2)(c).

[131] To enable the trial judge to properly assess whether sexual activity evidence sought to be adduced has significant probative value that substantially outweighs its potential prejudicial effect, the accused must situate the evidence within the particular factual matrix of the case at hand. It is only through awareness of specific facts or issues that require the admission of the evidence that the trial judge can determine whether the danger of prejudice to the proper administration of justice presented by

l’art. 276 ne satisfaisait pas à l’exigence que la preuve soit « en rapport avec un élément de la cause » énoncée à l’al. 276(2)b). Elle aurait donc dû être rejetée.

c) *Valeur probante par opposition au risque d’effet préjudiciable*

[128] En troisième lieu, le par. 276(2) exige « que le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de [la] preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante ». Comme l’a expliqué notre Cour dans *Darrach*, « [l]’exigence que la preuve ait une “valeur probante” sert à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s’ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux déductions interdites, compromettraient néanmoins la “bonne administration de la justice” » (par. 41).

[129] Une preuve qui n’est pas en rapport avec un élément de la cause selon l’al. 276(2)b) est nécessairement dénuée de toute valeur probante, étant donné que le concept de la valeur probante suppose que la preuve se rapporte à un élément de la cause. Ainsi, vu ma conclusion selon laquelle, eu égard à la demande soumise à la juge du procès, la preuve concernant une activité sexuelle présentée en l’espèce n’était pas en rapport avec un élément de la cause, je conclus que cette preuve ne respectait pas la troisième exigence énoncée au par. 276(2).

[130] Cela dit, dans le but de donner des directives plus complètes, je vais brièvement expliquer pourquoi le manque de précision de la demande de M. Goldfinch a aussi nui à la capacité de la juge du procès de mettre en balance la valeur probante de la preuve et le risque d’effet préjudiciable comme l’exige l’al. 276(2)c).

[131] Pour permettre au juge du procès de répondre adéquatement à la question de savoir si la valeur probante de la preuve concernant une activité sexuelle que l’accusé cherche à présenter l’emporte sensiblement sur le risque d’effet préjudiciable, l’accusé doit situer la preuve dans le cadre factuel particulier de l’affaire. Ce n’est qu’en ayant connaissance des questions ou faits précis nécessitant l’admission de la preuve que le juge du procès pourra établir si le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration

the evidence is outweighed by its probative value. The trial judge tasked with performing this balancing exercise will not be aided by generic references to “context”, “narrative”, or potential “misapprehensions”; more is needed.

[132] This conclusion is underscored by the fact that the trial judge must consider a number of factors under s. 276(3) when making a determination under s. 276(2). These factors are specific in nature and require that the trial judge be in a position to evaluate the precise impact that the exclusion of the evidence would have on the accused’s ability to make full answer and defence. The accused must provide the trial judge with the necessary tools to perform this inquiry, including a precise and clearly articulated connection between the sexual activity evidence and specific facts or issues relating to his defence. Unfortunately, that was not done here.

(d) *Conclusion on Admissibility*

[133] For these reasons, although Mr. Goldfinch’s application satisfied the “specific instances of sexual activity” requirement under s. 276(2)(a), it satisfied neither the relevance requirement under s. 276(2)(b) nor the balancing exercise required by s. 276(2)(c). As such, it was a legal error for the trial judge to admit the sexual activity evidence under s. 276(2).

[134] In light of this conclusion, it becomes necessary to consider whether the trial judge’s error warrants a new trial.

C. *Whether a New Trial Is Warranted*

[135] Under the test articulated in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, an acquittal will be overturned only where the Crown can demonstrate that the trial judge made a legal error that “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (para. 14). For reasons that follow, I am

de la justice que pose la preuve en question l’emporte sur sa valeur probante. Une mention générale du « contexte », du « récit » ou d’éventuelles « interprétations erronées » n’aidera pas le juge du procès à s’acquitter de la tâche d’effectuer cette opération de mise en balance; il faut plus.

[132] Cette conclusion est mise en évidence par le fait que le juge du procès doit examiner plusieurs facteurs en application du par. 276(3) lorsqu’il prend une décision sur le fondement du par. 276(2). Ces facteurs sont de nature particulière et ils exigent que le juge du procès soit en mesure d’évaluer l’incidence précise que l’exclusion de la preuve aurait sur la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. L’accusé doit mettre à la disposition du juge du procès les outils nécessaires pour procéder à cette vérification et, notamment, lui indiquer quel est le lien particulier — clairement formulé — entre la preuve concernant une activité sexuelle et les questions ou faits précis liés à sa défense. Malheureusement, cela n’a pas été fait en l’espèce.

d) *Conclusion sur l’admissibilité*

[133] Pour les motifs exposés ci-dessus, bien que la demande de M. Goldfinch respectait le critère relatif aux « cas particuliers d’activité sexuelle » prévu à l’al. 276(2)a, elle ne satisfaisait pas à l’exigence de pertinence énoncée à l’al. 276(2)b, et ne passait pas non plus le test de mise en balance qu’exige l’al. 276(2)c. La juge du procès a donc commis une erreur de droit en admettant la preuve concernant une activité sexuelle sur le fondement du par. 276(2).

[134] Compte tenu de cette conclusion, il devient nécessaire de se demander si l’erreur commise par la juge du procès justifie la tenue d’un nouveau procès.

C. *La tenue d’un nouveau procès est-elle justifiée?*

[135] Suivant le critère énoncé dans *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, un acquittement sera annulé seulement si la Couronne peut établir « qu’il [est] raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, que l’erreur [de droit] (ou les erreurs [de droit]) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d’acquittement »

satisfied that the improper admission of the “friends with benefits” evidence meets this test.

(1) The Trial Judge’s Limiting Instructions

[136] An important feature of the s. 276 regime is its requirement of mandatory limiting instructions. Section 276.4 provides that where sexual activity evidence is admitted pursuant to s. 276(2), “the judge shall instruct the jury as to the uses that the jury may and may not make of that evidence”. In this case, while the judge’s limiting instructions cautioned the jury not to use the evidence of the sexual nature of Mr. Goldfinch’s relationship with the complainant to support either of the twin myths, the instructions did not identify any *permissible* use of this evidence. The trial judge’s final instruction to the jury on this point was as follows:

You heard some evidence that Mr. Goldfinch and [the complainant] had dated, briefly lived together, and continued to have sexual relations on occasion in 2014. This evidence provides you with some context for their relationship. You must not use this evidence, however, to help you decide or infer that, because of the sexual nature of their relationship, [the complainant] is more likely to have con[s]ented to sexual intercourse with Mr. Goldfinch on May 29th, 2014. . . . Further, you must not use the evidence of their relationship to help you decide or infer that [the complainant] is less believable or reliable as a witness in this case

(A.R., vol. I, at p. 37)

[137] This instruction successfully identified the twin myths and cautioned the jury not to rely on them. However, the trial judge’s statement that the evidence provided the jury with “some context for their relationship” was insufficient. The instruction did not identify any specific use to which the jury could properly put the evidence. As a result, the jury was left in the dark about how they could use the evidence.

(par. 14). Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que l’admission irrégulière de la preuve concernant la relation « amis-amants » satisfait à ce critère.

(1) Les directives restrictives de la juge du procès

[136] L’obligation de donner des directives restrictives est une caractéristique importante du régime établi par l’art. 276. L’article 276.4 prévoit que lorsqu’une preuve concernant une activité sexuelle est admise en application du par. 276(2), « le juge doit donner des instructions au jury quant à l’utilisation que celui-ci peut faire ou non de la preuve ». En l’espèce, bien que la juge du procès ait donné des directives restrictives au jury l’informant de ne pas utiliser la preuve concernant le caractère sexuel de la relation de M. Goldfinch avec la plaignante pour étayer l’un ou l’autre des deux mythes, celles-ci ne faisaient état d’aucune utilisation *permise* de la preuve. Voici la directive finale que la juge du procès a donnée au jury sur ce point :

[TRADUCTION] Vous avez entendu des témoignages selon lesquels M. Goldfinch et [la plaignante] se sont fréquentés puis ont brièvement vécu ensemble et qu’ils ont continué d’avoir des relations sexuelles à l’occasion en 2014. La preuve donne un certain contexte à leur relation. Toutefois, elle ne doit pas vous amener à conclure ou à inférer qu’en raison du caractère sexuel de leur relation, [la plaignante] est plus susceptible d’avoir consenti à avoir une relation sexuelle avec M. Goldfinch le 29 mai 2014. [. . .] Vous ne devez pas non plus vous servir de cette preuve pour conclure ou inférer que [la plaignante] est un témoin moins crédible ou moins fiable dans la présente affaire

(d.a., vol. I, p. 37)

[137] Cette directive fait correctement état des deux mythes et met le jury en garde de ne pas se fonder sur ceux-ci. Toutefois, la déclaration de la juge du procès selon laquelle la preuve donnait au jury [TRADUCTION] « un certain contexte à [la] relation [entre la plaignante et l’accusé] » est insuffisante. La directive ne mentionne aucune fin précise pour laquelle le jury pourrait à juste titre utiliser la preuve. Par conséquent, le jury a été laissé dans l’ignorance quant à la façon dont il pouvait utiliser la preuve en question.

(2) Other Sexual Activity Evidence Adduced at Trial

[138] As indicated, the trial judge’s instructions to the jury failed to identify specific facts or issues to which the sexual activity evidence related. Moreover, compounding the risk of forbidden reasoning based on discriminatory generalizations, the trial judge admitted evidence of the complainant’s sexual activity going beyond the scope of her initial s. 276 ruling.

[139] I note at the outset of this discussion that both the Crown and defence were responsible for adducing sexual activity evidence that went beyond the scope of the trial judge’s ruling. In my view, the fact that both defence and Crown counsel strayed beyond the boundaries of the judge’s ruling further illustrates the insufficiency of that initial ruling. Because the judge admitted the “friends with benefits” evidence under the broad banner of “context”, the parties were left without any clear guidance on what other pieces of sexual activity evidence might be admissible under this broad banner. They may well have thought that the door had been swung wide open on sexual activity evidence because *all* such evidence would provide “context” to the events at issue in a general sense. Therefore, the overbreadth and irrelevance of the sexual activity evidence adduced at trial should serve as a cautionary tale of what can go wrong when the s. 276 regime is not properly observed.

[140] At trial, both the complainant and Mr. Goldfinch were questioned about sexual activity that went beyond the scope of the s. 276 ruling. The trial judge initially determined that the only evidence which was admissible under s. 276(2) was the fact that the complainant and Mr. Goldfinch were in a “friends with benefits” relationship. However, at trial, defence counsel cross-examined the complainant about how many times she had sex with Mr. Goldfinch following their breakup. This directly contravened one of

(2) Autres éléments de preuve concernant une activité sexuelle présentés au procès

[138] Comme nous l’avons vu, les directives de la juge du procès ne faisaient pas mention de questions ou faits précis auxquels se rapportait la preuve concernant une activité sexuelle. De plus, la juge du procès a admis une preuve concernant une activité sexuelle de la plaignante qui débordait le cadre de sa décision initiale rendue au titre de l’art. 276, ce qui a augmenté le risque que le jury adopte un raisonnement défendu fondé sur des généralisations discriminatoires.

[139] Il convient, à cette étape de l’analyse, de souligner que tant la Couronne que la défense ont présenté des éléments de preuve concernant une activité sexuelle qui allaient au-delà de la décision de la juge du procès. Selon moi, le fait que l’avocate de la défense et la procureure de la Couronne aient outrepassé les limites de la décision de la juge témoigne en outre du caractère insuffisant de ladite décision. Étant donné que la juge du procès a admis la preuve concernant la relation « amis-amants » à titre général de « contexte », les parties ont été laissées sans directives claires quant à savoir quels autres éléments de preuve concernant une activité sexuelle étaient susceptibles d’être admis à ce titre. Elles auraient fort bien pu penser que la porte était grande ouverte à tout élément de preuve concernant une activité sexuelle étant donné que *tout* élément de preuve de cette nature mettrait « en contexte » les événements en cause de manière générale. Par conséquent, la portée excessive et l’absence de pertinence de la preuve concernant une activité sexuelle présentée au procès devraient servir d’exemple édifiant du dérapage susceptible de se produire lorsque le régime de l’art. 276 n’est pas correctement appliqué.

[140] Au procès, tant la plaignante que M. Goldfinch ont eu à répondre à des questions sur des activités sexuelles qui allaient au-delà de la portée de la décision rendue en application de l’art. 276. La juge du procès a d’abord conclu que la seule preuve qui était admissible en vertu du par. 276(2) était celle portant sur le fait que la plaignante et M. Goldfinch avaient une relation « amis-amants ». Toutefois, au procès, l’avocate de la défense a demandé à la plaignante, en contre-interrogatoire, combien de fois elle

the bases for the trial judge’s ruling — namely, that any prejudice to the complainant’s privacy rights and dignity would be minimal because she would not be asked about the “particulars of . . . her sexual history with [Mr. Goldfinch]” (A.R., vol. I, at p. 11). That the complainant was ultimately asked about such particulars on cross-examination constituted a significant infringement on her privacy rights and dignity.

[141] Furthermore, defence counsel asked the complainant about “other partners” she may have had at the time she and Mr. Goldfinch were in a “friends with benefits” relationship (A.R., vol. II, at p. 119). She testified that she had a sexual partner other than Mr. Goldfinch at the time. This evidence ran a serious risk of distorting the jury’s fact-finding process by inviting stereotypical reasoning about women and consent, such as the myth that women who are “unchaste” are more likely to consent. I note that the defence did not apply to have the trial judge revisit her initial s. 276 ruling before eliciting this evidence. As such, the evidence was not the subject of a limiting instruction.

[142] The Crown also strayed beyond the bounds of the trial judge’s ruling. It is true that the Crown is not subject to the procedural requirements of ss. 276.1 and 276.2, which apply only where the *accused* seeks to adduce evidence of the complainant’s other sexual activity. However, the Crown is subject to s. 276(1)’s prohibition on twin myth reasoning and must also abide by the common law principles articulated by this Court in *Seaboyer*. Indeed, in *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, this Court stated that trial judges should determine the admissibility of Crown-led prior sexual activity evidence through a *voir dire* prior to trial, applying this Court’s guidance in *Seaboyer* (*Barton*, at para. 80).

avait eu des relations sexuelles avec M. Goldfinch après leur rupture. Cela contrevenait directement à l’un des fondements de la décision de la juge du procès — à savoir que toute atteinte au droit à la vie privée de la plaignante et à sa dignité serait minime étant donné qu’on ne lui poserait pas de questions sur les [TRADUCTION] « détails de [. . .] ses activités sexuelles antérieures avec [M. Goldfinch] » (d.a., vol. I, p. 11). Le fait que la plaignante se soit ultimement fait poser des questions en contre-interrogatoire sur de tels détails constitue une importante atteinte à sa vie privée et à sa dignité.

[141] Qui plus est, l’avocate de la défense a demandé à la plaignante si elle avait [TRADUCTION] d’« autres partenaires » à l’époque où elle et M. Goldfinch entretenaient une relation « amis-amants » (d.a., vol. II, p. 119). Elle a déclaré qu’elle avait à l’époque un partenaire sexuel autre que M. Goldfinch. Cette preuve risquait fortement de dénaturer le processus de recherche des faits mené par le jury en ouvrant la porte à un raisonnement fondé sur des stéréotypes concernant les femmes et le consentement, comme le mythe voulant que les femmes « non chastes » soient plus susceptibles de consentir à une relation sexuelle. Je note que la défense n’a pas demandé à la juge du procès de revoir sa décision initiale rendue au titre de l’art. 276 avant de chercher à obtenir cet élément de preuve, de sorte que celui-ci ne faisait pas l’objet d’une directive restrictive.

[142] La Couronne a aussi outrepassé les limites de la décision de la juge du procès. Il est vrai qu’elle n’est pas assujettie aux exigences procédurales des art. 276.1 et 276.2, qui s’appliquent seulement lorsque l’*accusé* cherche à présenter des éléments de preuve portant sur d’autres activités sexuelles de la plaignante. Toutefois, la Couronne est assujettie à l’interdiction prévue au par. 276(1) portant sur le raisonnement fondé sur les deux mythes et elle doit aussi se conformer aux principes de common law formulés par notre Cour dans l’arrêt *Seaboyer*. D’ailleurs, dans *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, notre Cour a déclaré que le juge du procès doit se prononcer sur l’admissibilité de la preuve concernant un comportement sexuel antérieur présentée par la Couronne lors d’un *voir-dire* tenu avant le procès, conformément aux enseignements énoncés par la Cour dans l’arrêt *Seaboyer* (*Barton*, par. 80).

[143] No such procedure was observed here. During direct examination of the complainant, Crown counsel elicited testimony that made reference to the complainant's other sexual partner. Further, in the Crown's cross-examination of Mr. Goldfinch, counsel led Mr. Goldfinch to provide details of his sexual "routine" with the complainant — namely, that they would generally have sex when the complainant stayed over at his house. This was prejudicial information about other instances of sexual activity by the complainant and should have been the subject of its own *voir dire* and ruling.

[144] For reasons of procedural fairness, the fact that the Crown strayed beyond the bounds of the trial judge's ruling and elicited additional sexual activity evidence that was not the subject of a *voir dire* clearly cannot be used as a basis for setting aside Mr. Goldfinch's acquittal. Put simply, the Crown cannot be permitted to benefit from its own missteps. Nevertheless, much of the improper evidence was led by the defence. This resulted from the erroneous admission of the "friends with benefits" evidence under the broad banner of "context". In these circumstances, the public interest in a trial that is conducted properly according to the law and the need to protect the integrity of the justice system militate in favour of a new trial (see *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 142).

[145] I would add that, as the AGO points out, vetting sexual activity evidence advanced by either Crown or defence before trial will have the salutary effect of focusing all parties on the legitimate use of such evidence. This approach will also "establish the parameters of any sexual relationship evidence that the Crown seeks to adduce" and trigger defence counsel to bring a separate application under s. 276(2) if they wish to elicit evidence going beyond the scope of that proposed by the Crown (I.F., at para. 14). The failure to do so here led to the unnecessary and inappropriate admission of sexual activity evidence that went beyond the trial judge's s. 276

[143] Cette procédure n'a pas été suivie en l'espèce. Au cours de l'interrogatoire principal de la plaignante, la procureure de la Couronne a obtenu un témoignage dans lequel il était question de l'autre partenaire sexuel de la plaignante. En outre, au cours du contre-interrogatoire de M. Goldfinch par la Couronne, M. Goldfinch a été amené à donner des détails sur sa [TRADUCTION] « routine » sexuelle avec la plaignante — à savoir que, la plupart du temps, ils avaient des relations sexuelles lorsque la plaignante passait la nuit chez lui. Il s'agissait de renseignements préjudiciables se rapportant à d'autres cas d'activités sexuelles de la plaignante qui auraient dû faire l'objet de leur propre voir-dire et de leur propre décision.

[144] Pour des raisons d'équité procédurale, le fait que la Couronne a dépassé les limites de la décision de la juge du procès et qu'elle a obtenu des preuves additionnelles relatives à des activités sexuelles qui ne faisaient pas l'objet d'un voir-dire ne peut manifestement pas servir à justifier l'annulation de l'acquiescement de M. Goldfinch. Autrement dit, la Couronne ne peut bénéficier de ses propres impairs. Néanmoins, une grande partie de la preuve irrégulière a été présentée par la défense, ce qui découle de l'admission erronée de la preuve de la relation « amis-amants » qui a été présentée à titre général de « contexte ». Dans de telles situations, l'intérêt du public à ce que le procès se déroule adéquatement conformément à la loi et la nécessité de protéger l'intégrité du système de justice militent en faveur de la tenue d'un nouveau procès (voir *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 142).

[145] J'ajouterais que, comme le souligne la PGO le fait de passer au crible, avant le procès, la preuve concernant une activité sexuelle — qu'elle soit invoquée par la Couronne ou la défense — aura l'effet bénéfique d'attirer l'attention de toutes les parties sur l'utilisation légitime de cette preuve. En outre, cette approche [TRADUCTION] « établira les paramètres de toute preuve de relation à caractère sexuel que la Couronne veut présenter » et amènera l'avocat de la défense à présenter une demande distincte au titre du par. 276(2) s'il souhaite obtenir des éléments de preuve allant au-delà de la portée de la preuve proposée par la Couronne (m.i.,

ruling. This evidence came in without first having been vetted, and it was never the subject of its own limiting instruction. This was a serious error.

[146] To be clear, I make no final determination as to whether any evidence going beyond the bare fact that Mr. Goldfinch and the complainant were “friends with benefits” at the time of the alleged sexual assault might ultimately be found admissible at a new trial where it is subject to proper vetting. Here, I simply point out the overbreadth of the sexual activity evidence elicited at trial as a means of illustrating the adverse impact that an improper admissibility determination under s. 276 can have on the integrity of the trial process. This case serves as a powerful illustration of how a trial can go off the rails where sexual activity evidence is admitted without being anchored to a specific, legitimate purpose. Without this anchor, the trial may drift into unsafe waters, as occurred in this case. And while the trial judge in this case made an effort to mitigate the situation, the damage was already done — Mr. Goldfinch’s application should not have been allowed in the first place.

[147] In conclusion, the errors at trial stemmed directly from the trial judge’s improper s. 276 ruling, which allowed for the admission of sexual activity evidence under the broad banner of “context”. Grounded in this ruling, the trial judge’s flawed limiting instructions failed to delineate how the sexual activity evidence was capable of assisting the jury to resolve specific facts or issues relating to Mr. Goldfinch’s defence. This flawed instruction’s distorting effect was compounded when additional sexual activity evidence was admitted at trial which was not the subject of its own admissibility determination or limiting instruction. The cumulative impact of these errors, in my view, can reasonably be thought to have had a material bearing on

par. 14). L’omission de le faire en l’espèce a mené à l’admission non nécessaire et inappropriée d’une preuve concernant une activité sexuelle outrepassant la décision de la juge du procès fondée sur l’art. 276. Cette preuve a été introduite sans avoir d’abord été examinée et elle n’a jamais fait l’objet d’une directive restrictive. Il s’agit d’une erreur grave.

[146] Il convient de préciser que je ne me prononce pas de façon définitive sur la question de savoir si une preuve allant au-delà du simple fait que M. Goldfinch et la plaignante étaient des « amis-amants » au moment de l’agression sexuelle en cause pourrait ultimement être jugée admissible lors d’un nouveau procès au cours duquel elle sera assujettie à un examen approprié. En l’espèce, je m’en tiens à signaler la portée excessive de la preuve concernant une activité sexuelle recueillie lors du procès dans le but d’illustrer l’incidence négative sur l’intégrité du procès que peut avoir une décision inappropriée quant à l’admissibilité sous le régime de l’art. 276. La présente affaire illustre avec force comment un procès peut dérailler lorsqu’une preuve concernant une activité sexuelle est admise sans être associée à une fin précise et légitime. Sans ce point d’ancrage, le procès peut se retrouver en eaux troubles, comme cela s’est produit en l’espèce. Bien que la juge du procès en l’espèce se soit efforcée de remédier à la situation, le dommage avait déjà été fait; la demande de M. Goldfinch n’aurait jamais dû être accueillie.

[147] En conclusion, les erreurs commises au procès découlaient directement de la décision inappropriée, rendue par la juge du procès au titre de l’art. 276, qui permettait l’admission de la preuve concernant une activité sexuelle à titre général de « contexte ». Les directives restrictives erronées de la juge du procès, qui reposaient sur cette décision, n’énonçaient pas comment la preuve concernant une activité sexuelle pouvait aider le jury à résoudre les questions ou faits précis liés à la défense de M. Goldfinch. L’effet dénaturant de cette directive erronée s’est aggravé lorsqu’une autre preuve concernant une activité sexuelle, n’ayant pas fait l’objet d’une décision distincte quant à son admissibilité ni d’une directive restrictive, a été admise au

Mr. Goldfinch’s acquittal. Accordingly, I agree with the Court of Appeal that a new trial should be ordered.

V. Conclusion

[148] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

BROWN J. (dissenting) —

I. Introduction

[149] Patrick Goldfinch appeals, as of right, from the decision of a majority of the Court of Appeal of Alberta setting aside his acquittals and ordering a new trial. The issue to be decided is whether the trial judge committed reversible error in admitting evidence under s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that the complainant and appellant were “friends with benefits”.¹²

[150] Before the jury, the complainant testified that she was sexually assaulted after the appellant would not take “no” for an answer. Her evidence was that she called the appellant to come over to his residence. After watching television together with the appellant’s roommate, she and the appellant went downstairs to his living quarters. She told him that “nothing was going to happen” (A.R., vol. II, at p. 87), meaning there would be no sexual activity. After she did not join him in his bedroom, he got angry, dragged her into the bedroom, pushed her onto

¹² The term is defined by the Oxford English Dictionary as “a friend with whom one has an occasional and casual sexual relationship” (online). The origin of the concept is unclear, but the term appears to originate in a lyric by Alanis Morissette in “Head Over Feet” (1995): “You’re the best list’ner that I’ve ever met. You’re my best friend, best friend with benefits.”

procès. J’estime qu’on peut raisonnablement penser que l’effet cumulatif de ces erreurs a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de M. Goldfinch. Par conséquent, je conviens avec la Cour d’appel qu’un nouveau procès doit être ordonné.

V. Conclusion

[148] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN (dissident) —

I. Introduction

[149] Patrick Goldfinch interjette appel, de plein droit, d’une décision des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta annulant ses acquittements et ordonnant la tenue d’un nouveau procès. La question à trancher est celle de savoir si la juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision de sa décision en admettant, en application de l’art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, une preuve tendant à démontrer que la plaignante et l’appelant étaient des « amis-amants »¹³.

[150] Devant le jury, la plaignante a déclaré qu’elle avait été victime d’agression sexuelle après que l’appelant a refusé de se faire dire « non ». Elle a expliqué qu’elle avait téléphoné à l’appelant pour proposer qu’elle se rende chez lui. Après avoir regardé la télévision avec l’appelant et le colocataire de ce dernier, elle est descendue avec l’appelant à l’étage inférieur où il logeait. Elle lui a dit qu’il [TRADUCTION] « n’allait rien se passer » (d.a., vol. II, p. 87), en ce sens qu’il n’y aurait pas d’activité sexuelle. Après qu’elle a refusé d’aller le rejoindre dans sa chambre,

¹³ L’équivalent anglais du terme, soit « *friends with benefits* », est défini par l’*Oxford English Dictionary* qui décrit ceux qui entretiennent ce type de relation comme des [TRADUCTION] « ami[s] avec [lesquels] on a des relations sexuelles occasionnelles et sans attaches » (en ligne). L’origine du concept est nébuleuse, mais le terme lui-même semble avoir été utilisé pour la première fois dans la chanson d’Alanis Morissette, *Head Over Feet* (1995) : « *You’re the best list’ner that I’ve ever met. You’re my best friend, best friend with benefits.* »

the bed, hit her face, and had sex with her while she repeatedly told him to stop.

[151] The appellant, on the other hand, testified that the complainant had called him to ask if she could come over because he owed her “birthday sex”. He picked her up and they drove back to his residence where they watched television and drank beer with his roommate. At some point, the appellant mouthed at her “I’m going to fuck you” (A.R., vol. III, at p. 198), after which the two walked downstairs together to his living quarters. He eventually followed her into his bedroom, where she got undressed before he did. They discussed which side of the bed she would sleep on to avoid “hot flashes” that happen when she sleeps on one particular side of his bed. They had sex and fell asleep. He awoke to find her angry at him for hitting her in the face sometime while he was asleep. He became annoyed, and told her to leave.

[152] In closing submissions to the jury, the appellant emphasized 11 aspects of the complainant’s evidence that, in his view, exposed inconsistencies in her testimony sufficient to raise a reasonable doubt. None of these submissions referred to the relationship. Rather, it was the Crown that relied on the relationship. Its theory was that, *because* they were in a sexual relationship, “Mr. Goldfinch was expecting sex from [the complainant] that day. That’s the only reason he went to pick her up. When he found out that he was not going to get it, he snapped” (A.R., vol. III, at p. 286).

[153] The trial judge would *twice* instruct the jury that the relationship provided context for how the appellant and complainant knew each other, but it could not be used to infer that, because they were in a relationship, the complainant was more likely to consent on this occasion, or that the complainant’s account was less believable overall.

[154] The jury returned a verdict of not guilty.

l’appelant s’est mis en colère, l’a traînée jusqu’à la chambre, l’a poussée sur le lit, l’a frappée au visage et a eu des rapports sexuels avec elle pendant qu’elle lui répétait d’arrêter.

[151] L’appelant a toutefois donné une autre version des faits. La plaignante l’aurait appelé, lui demandant si elle pouvait aller chez lui parce qu’il lui devait [TRADUCTION] « du sexe pour son anniversaire ». Il est passé la prendre et ils sont revenus chez lui, où ils ont regardé la télévision et ont bu de la bière avec son colocataire. À un moment donné, l’appelant lui a dit : [TRADUCTION] « je vais te baiser » (d.a., vol. III, p. 198), ce après quoi ils sont descendus tous les deux dans son logement. Il l’a finalement suivie dans sa chambre où elle s’est déshabillée avant lui. Ils ont discuté de quel côté du lit elle allait dormir pour éviter les « bouffées de chaleur » auxquelles elle est sujette lorsqu’elle dort d’un certain côté de son lit. Ils ont eu des relations sexuelles et se sont endormis. À son réveil, il a constaté qu’elle était en colère parce qu’il l’avait frappée au visage pendant son sommeil. Il s’est énervé et lui a dit de partir.

[152] Dans son exposé final au jury, l’appelant a insisté sur 11 aspects du témoignage de la plaignante qui, selon lui, mettaient en lumière certaines incohérences de sa version des faits suffisantes pour soulever un doute raisonnable. Aucune de ces observations ne traitait de la relation entre eux. C’est plutôt le ministère public qui s’est fondé sur cette relation. Selon sa théorie, *parce qu’ils entretenaient une relation de nature sexuelle*, [TRADUCTION] « M. Goldfinch s’attendait à avoir une relation sexuelle [avec la plaignante] ce jour-là. C’est la seule raison pour laquelle il est allé la chercher. Lorsqu’il a réalisé que ce ne serait pas le cas, il s’est énervé » (d.a., vol. III, p. 286).

[153] La juge du procès a expliqué à *deux reprises* aux jurés que la relation donnait le contexte des fréquentations de l’appelant et de la plaignante, mais qu’elle ne pouvait pas être utilisée pour en déduire, parce qu’ils entretenaient une relation, que la plaignante était plus susceptible d’avoir donné son consentement durant la soirée en cause, ou que sa version des faits était dans l’ensemble moins crédible.

[154] Le jury a rendu un verdict d’acquiescement.

[155] I have read carefully the reasons of the majority. I agree that this appeal turns on how to balance the admissibility of evidence of a relationship that may be a necessary link in making full answer and defence with ensuring triers of fact do not use the existence of a relationship to engage in prohibited reasoning. And while I agree with much of the majority's overview of s. 276 of the *Criminal Code*, we disagree on its application to this evidentiary record. The majority reasons that the relationship was simply not relevant to any issue before the jury, and therefore engaged the prohibited line of reasoning that "because the complainant had consented to sex with Goldfinch in the past, in similar circumstances, it was more likely she had consented on the night in question" (para. 47).

[156] This appeal therefore presents three issues: (1) does the ordinary meaning of "friends with benefits" invariably lead the trier of fact to engage in reasoning prohibited by s. 276(1); (2) was the nature of their relationship relevant to any issue before the jury under s. 276(2)(b); and (3) should a new trial be ordered in the event the trial judge erred?

[157] These are difficult questions that go to the heart of s. 276. My view is that the trial judge applied the correct legal principles in her evidentiary ruling. The majority sees it differently, describing the "clea[r] infect[ion]" of the context laid out before the jury with twin-myth reasoning, making the jury "privy to particulars" that it should not have known about (para. 72). While the majority reasons that this must have been caused by an error in the evidentiary ruling before trial, as I see it, the responsibility for any "infection" during this trial lies *not* in the trial judge's ruling, but rather at the feet of the Crown, who must live with its choices.

[155] J'ai lu attentivement les motifs de mes collègues majoritaires. Je suis d'accord pour dire que le présent pourvoi concerne la façon de trouver un équilibre entre, d'une part, l'admissibilité de la preuve d'une relation — preuve qui peut s'avérer nécessaire pour protéger le droit de l'accusé à une défense pleine et entière — et, d'autre part, le besoin de garantir que les juges des faits n'appliquent aucun raisonnement interdit fondé sur une relation. Si, par ailleurs, je souscris à l'essentiel de l'analyse de l'art. 276 du *Code criminel* des juges majoritaires, nous divergeons d'opinion quant à son application à la preuve produite en l'espèce. Selon mes collègues majoritaires, la relation n'était tout simplement pas pertinente pour trancher les questions dont le jury était saisi. La preuve à ce sujet menait donc au raisonnement interdit selon lequel « parce que la plaignante avait consenti dans le passé à avoir des rapports sexuels avec M. Goldfinch dans des circonstances semblables, il était plus probable qu'elle ait consenti à avoir un rapport sexuel avec lui le soir en question » (par. 47).

[156] Le pourvoi soulève donc trois questions : (1) le sens courant de l'expression « amis-amants » mène-t-il invariablement les juges des faits à adopter un raisonnement interdit aux termes du par. 276(1); (2) la nature de la relation qu'entretenaient l'appelant et la plaignante était-elle pertinente, comme l'exige l'al. 276(2)b), pour trancher les questions soulevées devant le jury; et (3) faut-il ordonner la tenue d'un nouveau procès advenant le cas où la juge du procès a commis une erreur?

[157] Il s'agit de questions difficiles à trancher qui concernent l'essence même de l'art. 276. Selon moi, la juge du procès a appliqué les bons principes de droit pour statuer sur l'admissibilité de la preuve. Les juges majoritaires voient les choses différemment et décrivent la preuve du contexte présentée au jury comme étant « manifestement viciée » par un raisonnement fondé sur les deux mythes, ce qui aurait permis au jury d'« être au courant d[e] détails » dont il n'aurait pas dû avoir connaissance (par. 72). Les juges majoritaires sont d'avis que cela a dû être causé par une erreur dans la décision sur la preuve rendue avant le procès. J'estime pour ma part que ce *n'est pas* la décision de la juge du procès qui, en l'espèce, est à l'origine du « vic[e] », mais bien le ministère public, qui doit assumer ses choix.

[158] I would answer the legal questions as follows. First, I say that evidence of a “friends with benefits” relationship will, in certain cases, and without engaging in prohibited lines of reasoning, explain to a jury how two people know each other, consistent with how *other* relationships are presented to juries. I agree with the majority that relationship evidence, without proper scrutiny under s. 276 and sufficient limiting instructions, can trigger triers of fact to engage in prohibited lines of reasoning. But I do not accept the majority’s solution to this problem, which would treat evidence of certain relationships (for example, “married”, “dating”, or “boyfriend-girlfriend”), each of which might also suggest previous sexual activity, differently in the s. 276 analysis based on how the particular relationship’s sexual features, real or imagined, are reasonably perceived. I prefer the trial judge’s evidentiary ruling, which treated the relationship between the appellant and the complainant consistently with other relationships in society. The jury could be told about the existence and nature of the relationship, but could not be told about its particularities or the frequency of sexual relations. The jury was then instructed *twice* on the permissible use of the evidence (to provide context for how the appellant and the complainant knew each other) and its impermissible uses (to suggest that, because they were friends with benefits, the complainant was more likely to consent on this occasion, or was less worthy of belief overall).

[159] Secondly, the trial judge’s evidentiary ruling was consistent with the proposition that the existence of a relationship between the complainant and the accused may be admitted as relevant, but strictly where its absence would leave the trier of fact with a distorted representation of the circumstances surrounding the incident. The trial judge concluded this was such a circumstance. While the majority disagrees, and finds nothing in the appellant’s evidence that rendered his narrative “untenable” or “utterly improbable” (para. 68) absent reference to the relationship, it is hard to find fault in the trial judge’s

[158] Voici comment je réponds aux questions de droit soulevées par le présent pourvoi. Tout d’abord, selon moi, la preuve d’une relation « amis-amants » peut, dans certains cas, et sans mener à des raisonnements interdits, expliquer à un jury le contexte des fréquentations de deux personnes, comme le fait la preuve d’autres types de relations présentées à des jurys. Je conviens avec les juges majoritaires que la preuve concernant la relation, sans examen fondé sur l’art. 276 et sans directives restrictives suffisantes, peut mener les juges des faits à adopter un raisonnement interdit. Je n’accepte toutefois pas la solution que proposent mes collègues majoritaires pour répondre à ce problème, une solution qui traite différemment la preuve de certaines relations (par exemple, celles de gens « mariés », qui « sortent ensemble » ou qui sont « copain-copine »), qui peuvent toutes également suggérer des activités sexuelles antérieures, dans l’analyse fondée sur l’art. 276, en fonction de la façon dont les caractéristiques de nature sexuelle de la relation, qu’elles soient réelles ou imaginaires, sont raisonnablement perçues. Je préfère la décision concernant la preuve de la juge de première instance, qui a traité la relation entre l’appelant et la plaignante de la même manière que les autres relations que peuvent entretenir des individus. Le jury pouvait donc être informé de l’existence et de la nature de la relation, mais non de ses particularités ou de la fréquence des relations sexuelles. Le jury a par ailleurs reçu des directives à *deux reprises* sur l’utilisation permise de la preuve (soit donner le contexte des fréquentations de l’appelant et de la plaignante) et sur ses utilisations interdites (pour suggérer que, parce qu’ils étaient amis-amants, la plaignante était plus susceptible de consentir à cette occasion, ou était moins digne de foi dans l’ensemble).

[159] Ensuite, j’estime que la décision relative à la preuve rendue par la juge de première instance était compatible avec la proposition selon laquelle l’existence d’une relation entre la plaignante et l’accusé pouvait être admise au motif qu’elle était pertinente, mais uniquement si le défaut de produire cette preuve donnait aux juges des faits une image déformée des circonstances entourant la perpétration de l’acte reproché. La juge du procès a conclu qu’on avait effectivement affaire à une telle situation. Bien que les juges majoritaires ne soient pas d’accord — et concluent que rien dans la preuve présentée par l’appelant n’a

determination on this point when the Crown itself took a similar position — specifically, that admitting evidence of the relationship was necessary to prevent distortion. The Crown’s objection was merely to the form, rather than the substance, of the appellant’s description of the relationship.

[160] I am not persuaded the trial judge committed an error in law sufficient to ground a Crown appeal from acquittal. This leads to my third point of departure from the majority. Ordering a new trial is unfair, given the following considerations: the Crown’s theory of the case against the appellant *drew directly from* the sexual nature of this relationship; the “infection” to which the majority refers was largely as a result of a contravention *by Crown counsel* of the terms of the trial judge’s evidentiary ruling; and, a successful Crown appeal from acquittal on this record inevitably lowers the bar which the Crown must overcome to show that a legal error had a material bearing on the acquittal so as to secure a new trial. How, after all, can the admission of this evidence be said to have had a material bearing on the acquittals, when the Crown was relying on *the selfsame evidence* to prove its case? The Crown was perfectly content in this case to refer, rely and ultimately weaponize the sexual past between the appellant and the complainant, until the jury returned a verdict of not guilty. Only then did the Crown on appeal take the position that the sexual nature of the relationship must have led the jury to engage in prohibited reasoning — and that, notwithstanding the Crown’s reliance on the *sexual nature* of that relationship, *the appellant* should not have been able to answer it. This is fundamentally unfair.

rendu sa version des faits « indéfendable » ou « complètement improbable » (par. 68) sans référence à la relation —, il est difficile de trouver quoi que ce soit à redire à la conclusion de la juge du procès à cet égard, dès lors que le ministère public lui-même a adopté une position semblable — soit plus précisément, celle de faire valoir qu’il était nécessaire d’admettre la preuve concernant la relation pour éviter de déformer les faits. L’objection du ministère public portait uniquement sur la forme et non sur le fond de la description que l’appelant avait donnée de la relation.

[160] Je ne suis pas convaincu que la juge du procès a commis une erreur de droit suffisamment grave pour justifier un appel par le ministère public d’un verdict d’acquittal. Voilà qui m’amène au troisième point de divergence entre ma position et celle de mes collègues majoritaires. Ordonner la tenue d’un nouveau procès serait injuste, et ce, pour les raisons suivantes : la théorie de la cause du ministère public contre l’appelant *est tirée directement* de la nature sexuelle de la relation en cause en l’espèce; le « vic[e] » auquel réfèrent les juges majoritaires découlait pour une large part de la contravention *par l’avocate du ministère public* des conditions prescrites par la décision de la juge du procès sur la preuve; et, un appel victorieux du ministère public de l’acquittal à la lumière du dossier en l’espèce abaisse inévitablement la barre qu’il doit franchir pour démontrer qu’une erreur de droit a eu une incidence telle sur l’acquittal qu’elle justifie la tenue d’un nouveau procès. Après tout, comment prétendre que l’admission de cette preuve a eu une incidence importante au point d’entraîner les acquittements, puisque le ministère public s’est fondé précisément sur *les éléments de preuve en question* pour étayer sa thèse? En l’espèce, le ministère public était parfaitement à l’aise de référer au passé sexuel de l’appelant et de la plaignante, de se fonder sur lui et ultimement de s’en servir comme argument, jusqu’à ce que le jury rende un verdict d’acquittal. Ce n’est qu’à ce moment que le ministère public, en appel, a soutenu que la nature sexuelle de la relation doit avoir mené le jury à adopter un raisonnement interdit — et que, en dépit du fait que le ministère public s’est fondé sur la *nature sexuelle* de cette relation, *l’appelant* n’aurait pas dû pouvoir répondre à cet argument. Cette position est fondamentalement injuste.

[161] These are the points that divide us. The jury rendered its verdict after being properly instructed on how to do so. I would allow the appeal and restore the acquittals.

II. The *Voir Dire* Decision — Court of Queen’s Bench of Alberta, 140600008Q1, January 23, 2017

[162] Before the trial, the appellant applied under s. 276.1 of the *Criminal Code* to adduce evidence that he and the complainant were friends with benefits, in order to dispel any erroneous impression that the jury might be under that he had sexualized an otherwise platonic friendship, or, to avoid misleading the jury into believing that they were complete strangers. The Crown objected, saying that friends with benefits would trigger prohibited twin myth reasoning in the jury. It did agree, however, that the jury would need some context to dispel the notion that the appellant and the complainant were strangers. To be clear, the Crown’s objection was not to the injection of context, or, more broadly, to relationship evidence that insinuates past sexual activity, but to the term “friends with benefits”. The Crown’s solution was to tell the jury that they dated for seven to eight months, broke up, then reconnected; and that, on occasion, the complainant would visit the appellant’s residence late in the evening and leave the following morning.

[163] I stress that it was the Crown’s position that it would not offend s. 276 or undermine the interests it is intended to protect for the jury to be told that the complainant would occasionally “visit” the appellant — a former boyfriend with whom she had reconnected — late in the evening, and that she would leave only the following morning.

[164] The trial judge considered the competing positions. She directly addressed the prejudice that

[161] Voilà les éléments qui nous divisent. Le jury a rendu son verdict après avoir reçu de bonnes directives sur la façon d’y parvenir. Je suis d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir les acquittements.

II. La décision sur le voir-dire — Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 140600008Q1, 23 janvier 2017

[162] Avant le procès, l’appelant a présenté une demande en application de l’art. 276.1 du *Code criminel* pour être autorisé à produire une preuve tendant à démontrer que la plaignante et lui étaient des amis-amants. Il voulait ainsi dissiper dans l’esprit des jurés toute fausse impression qu’il aurait sexualisé une amitié par ailleurs platonique, ou éviter de les induire en erreur en les amenant à croire qu’ils étaient de parfaits inconnus. Le ministère public s’est opposé à cette demande en faisant valoir que le terme « amis-amants » inciterait les jurés à adopter un raisonnement interdit fondé sur les deux mythes. Le ministère public a toutefois convenu que le jury aurait besoin de connaître un peu le contexte pour écarter l’idée que l’appelant et la plaignante ne se connaissaient pas. Je tiens à préciser que l’objection du ministère public ne portait pas sur la mise en contexte ou, plus largement, sur les éléments de preuve concernant la relation qui insinuaient que les parties avaient eu des activités sexuelles dans le passé, mais sur le terme « amis-amants ». Le ministère public a proposé comme solution d’expliquer au jury qu’ils étaient sortis ensemble pendant sept ou huit mois, qu’ils avaient rompu, puis qu’ils s’étaient réconciliés et que, à l’occasion, la plaignante se rendait chez l’appelant tard le soir et repartait le lendemain matin.

[163] J’insiste sur le fait que le ministère public était d’avis qu’on ne porterait pas atteinte à l’art. 276 ou aux droits que cet article vise à protéger si l’on disait aux jurés que la plaignante « rendait visite » à l’occasion à l’appelant — un ancien petit ami avec qui elle avait repris contact — tard le soir, et qu’elle ne repartait que le lendemain matin.

[164] La juge du procès a examiné les positions opposées. Elle a traité directement du préjudice que

could flow to the complainant if the jury drew certain (prohibited) inferences from the nature of the relationship. She queried defence counsel during the *voir dire*: “what is the safeguard then to prevent . . . one of the twin myths that because she consented to the [friends] with benefits relationship one, two, 10 or 20 times before that she is likely to have consented on this occasion. What is the protection if this evidence is . . . permitted?” (A.R., vol. II, at p. 14).

[165] In her evidentiary ruling, the trial judge agreed that without some context for how the appellant and the complainant knew each other, the appellant could not make full answer and defence. Bearing in mind that his credibility would be the central issue at trial, the jury could not properly assess (or indeed might well misconceive) the plausibility of his version of events were it prevented from understanding how the appellant and the complainant knew each other, or were it to simply assume they were strangers because no party had raised the issue of how they knew each other.

[166] Admitting evidence of the relationship would be no different than admitting evidence that an accused and a complainant were “married”, “dating”, or “boyfriend-girlfriend”. The point being, the trial judge believed the jury ought to be told how they knew each other in order to avoid misinterpreting things the appellant said or did as having arisen out of the blue (A.R., vol. I, at p. 6). As she viewed the matter, keeping the existence of the relationship from the jury would leave a level of “artificiality” in the appellant’s evidence, and would prevent him from being able to make full answer and defence.

[167] Following a thorough examination of the relevant factors under s. 276(2) and (3), the trial judge chose to admit the friends with benefits evidence, rather than the Crown’s proposed account of former lovers, who had reconnected to have adult sleepovers. As the majority notes, the trial judge

pourrait subir la plaignante si le jury tirait certaines conclusions (interdites) en raison du caractère de la relation. Elle a posé la question suivante à l’avocate de la défense lors du voir-dire : [TRADUCTION] « quelles sont les mesures de protection prévues pour empêcher [. . .] l’un des deux mythes suivant lequel, comme elle a donné son consentement à cette relation amis-amants une fois, deux fois, 10 fois ou 20 fois auparavant, elle est susceptible d’avoir consenti lors de la soirée en cause ici. De quel genre de protection parle-t-on si l’on admet cette preuve? » (d.a., vol. II, p. 14).

[165] Dans sa décision relative à la preuve, la juge du procès a convenu que, sans donner d’indications quant au contexte des fréquentations de la plaignante et de l’appelant, ce dernier ne serait pas en mesure de présenter une défense pleine et entière. Puisque la crédibilité de l’appelant serait la question centrale au procès, les jurés ne pourraient évaluer correctement — ou pourraient même fort bien mal interpréter — la vraisemblance de la version des faits de l’appelant s’ils ne pouvaient être mis au courant du contexte de ses fréquentations avec la plaignante ou s’ils devaient simplement tenir pour acquis que les deux protagonistes étaient des inconnus parce que personne n’avait soulevé la question de la nature de leur relation.

[166] L’admission de la preuve de cette relation n’est guère différente de l’admission en preuve du fait qu’un accusé et une plaignante étaient « mariés », « sortaient ensemble » ou étaient « copain-copine ». L’essentiel est que la juge du procès estimait qu’il fallait que les jurés connaissent la nature de leur relation pour éviter qu’ils pensent à tort que les gestes et les paroles de l’appelant étaient surgis de nulle part (d.a., vol. I, p. 6). Selon elle, cacher l’existence de la relation aux jurés rendrait la preuve de l’appelant quelque peu « artificielle » et l’empêcherait de présenter une défense pleine et entière.

[167] Après un examen approfondi des facteurs applicables énoncés aux par. 276(2) et 276(3), la juge du procès a décidé d’admettre la preuve concernant la relation amis-amants plutôt que la formulation proposée par le ministère public qui parlait d’anciens amants qui avaient repris contact pour avoir des nuits

remained very much alive to how a reference to the relationship could be misused to engage in prohibited lines of reasoning in relation to the complainant and her evidence. And she could not have been clearer in directing to the parties that, while evidence could be led about the relationship between the appellant and the complainant, *no* evidence was to be led about the relationship's particularities ("the specific sexual acts [the complainant] and the accused engaged in"), or frequency ("the number of times they had sexual relations after they ceased living together") (A.R., vol. I, at p. 10). And once again when, on the morning of trial, Crown counsel sought clarification about the scope of the evidentiary ruling, the trial judge reiterated that no evidence was to be led about particularities or frequency of the relationship.¹³ All counsel acknowledged they understood.

III. The Trial — Court of Queen's Bench of Alberta, 140600008Q1, February 9, 2017

[168] At trial, the complainant initially testified that, at the time of the assault, she was "just friends" with the appellant, that at no time since their formal relationship ended were they anything more than "friends" (A.R., vol. II, at p. 77), and that she and the appellant "weren't speaking" in the months leading up to the alleged assault (A.R., vol. II, at pp. 77-78). Almost immediately after that, however, and still in chief, she testified that she and the appellant previously had sex in his bedroom. Crown counsel asked whether this occurred while they used to date, and

¹³ Strictly speaking, the Crown is not "bound" by a s. 276.1 ruling, since evidence proffered by the Crown is not "adduced by or on behalf of the accused". The Crown adheres to the principles set out in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, in relation to the common law rules of evidence in sexual prosecutions. This distinction is immaterial in this appeal. The Crown understood it could not lead evidence that contravened the evidentiary ruling.

intimes adultes. Comme l'ont souligné les juges majoritaires, la juge du procès demeurerait toutefois très consciente que les mots employés pour parler de la relation pouvaient être utilisés à mauvais escient pour se livrer à un raisonnement interdit relativement à la plaignante et à son témoignage. Elle n'aurait d'ailleurs pu être plus claire lorsqu'elle a expliqué aux parties que, même si elles pouvaient présenter des éléments de preuve sur la nature de la relation qu'entretenaient l'appelant et la plaignante, elles ne pouvaient présenter *aucune* preuve concernant les détails de cette relation ([TRADUCTION] « les activités sexuelles précises auxquelles [la plaignante] et l'accusé s'étaient livrés ») ou la fréquence de leurs rencontres (« le nombre de relations sexuelles qu'ils ont eues après avoir cessé de faire vie commune ») (d.a., vol. I, p. 10). En outre, je le répète, lorsque le matin du procès, l'avocate du ministère public a demandé des éclaircissements au sujet de la portée de la décision relative à la preuve, la juge du procès a réitéré qu'aucune preuve ne devait être présentée quant aux particularités ou à la fréquence des rapports sexuels¹⁴. Toutes les avocates ont reconnu qu'elles avaient compris ces directives.

III. Le procès — Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 140600008Q1, 9 février 2017

[168] Au procès, la plaignante a d'abord expliqué que, au moment de l'agression, elle et l'appelant étaient [TRADUCTION] « juste des amis » et que, à aucun moment depuis qu'ils avaient cessé d'être en couple, ils n'avaient été autre chose que de « simples amis » (d.a., vol. II, p. 77). Elle a ajouté qu'elle et l'appelant « ne se parlaient plus » durant les mois ayant précédé la présumée agression sexuelle (d.a., vol. II, p. 77-78). Presque immédiatement après cette déclaration, et toujours lors de son interrogatoire principal, elle a toutefois expliqué qu'elle avait déjà

¹⁴ Strictement parlant, le ministère public n'est pas « lié » par une décision fondée sur l'art. 276.1, puisque la preuve qu'il présente n'est pas présentée par « l'accusé ou son représentant ». Le ministère public adhère aux principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, en ce qui a trait aux règles de preuve de la common law applicables dans le cadre de poursuites en matière sexuelle. Cette distinction est sans importance dans le présent pourvoi. Le ministère public comprenait qu'il ne pouvait pas produire d'éléments de preuve qui contrevenaient à la décision relative à la preuve.

the complainant answered that it occurred after they had broken up. Crown counsel then went one step further — contrary to the trial judge’s clear and repeated instructions — and asked whether they had sex on a single occasion or on “various” occasions after they had broken up, and when was the last time she had sex with the appellant. The complainant confirmed that they had sex on “various” occasions after they ceased living together.

[169] In light of this evidence adduced from the complainant by the Crown, the trial judge at the conclusion of examination-in-chief notified counsel that following the complainant’s testimony she would provide a mid-trial limiting instruction to the jury warning against impermissible uses of evidence that refers to the complainant’s sexual activity. After canvassing the text of the proposed instruction with counsel, and following the complainant’s evidence, the trial judge gave the following mid-trial instruction:

THE COURT: . . .

You have heard evidence that [the complainant] and Mr. Goldfinch dated and then briefly lived together. At some point after that relationship ended, [the complainant] and Mr. Goldfinch did on occasion get together and have sexual relations. This evidence provides you with some context for their relationship, but you must not use this evidence to help you decide that because [the complainant] and Mr. Goldfinch had sexual relations in the past, that [the complainant] is more likely to have consented to Mr. — consented to what Mr. Goldfinch is alleged to have done on May 29th, 2014, and you must also not use that evidence to help you decide that because [the complainant] and Mr. Goldfinch had sexual relations in the past that she is less believable or reliable as a witness in this case, all right? Thank you.

(A.R., vol. II, at p. 148)

eu des relations sexuelles avec l’appelant dans la chambre de ce dernier. L’avocate du ministère public lui a demandé si ces relations remontaient à l’époque où ils sortaient ensemble et la plaignante a répondu qu’elles avaient eu lieu après leur rupture. L’avocate du ministère public est allée encore un peu plus loin — en contravention des directives claires et répétées de la juge du procès — et lui a demandé s’ils avaient eu des rapports sexuels à une seule occasion ou à « diverses » occasions après leur rupture et à quand remontait leur dernière relation sexuelle. La plaignante a confirmé qu’ils avaient eu des rapports sexuels à « diverses » occasions après qu’ils ont cessé de vivre ensemble.

[169] À la lumière des explications données par la plaignante au ministère public, à la fin de l’interrogatoire principal, la juge du procès a informé les avocates que, à la suite du témoignage de la plaignante, elle donnerait des directives restrictives de mi-procès pour mettre les jurés en garde contre les utilisations interdites d’éléments de preuve mentionnant les activités sexuelles de la plaignante. Après avoir convenu avec les avocates du texte de la directive proposée et à la suite du témoignage de la plaignante, la juge du procès a donné la directive suivante au milieu du procès :

[TRADUCTION]

LA COUR : . . .

Vous avez entendu un témoignage selon lequel [la plaignante] et M. Goldfinch sont sortis ensemble et ont brièvement vécu ensemble. Après la fin de cette relation, [la plaignante] et M. Goldfinch se sont revus à l’occasion et ont eu des relations sexuelles. Cette preuve vous fournit un certain contexte au sujet de leur relation. Vous ne devez toutefois pas vous servir de cette preuve pour vous aider à décider que, parce que [la plaignante] et M. Goldfinch avaient eu des relations sexuelles dans le passé, il est plus probable que [la plaignante] ait consenti à ce que M. — consenti à ce que M. Goldfinch aurait fait le 29 mai 2014, et vous ne devez pas non plus utiliser cette preuve pour vous aider à décider que, parce que [la plaignante] et M. Goldfinch avaient eu des relations sexuelles dans le passé, [la plaignante] est moins crédible ou moins digne de foi comme témoin dans la présente affaire. D’accord? Je vous remercie.

(d.a., vol. II, p. 148)

[170] I have already summarized the pertinent aspects of the appellant's evidence. In his closing submissions to the jury, the following pieces of evidence formed the central planks of his case:

[MS. HATCH] I'm going to ask you to consider 11 important items, and I'm going to list them first for you. And there may be other items that you find important as well, and obviously you will consider those. I would like you though to consider these 11 items carefully.

Number 1, the phone in the bedroom.

Secondly, wanting Mr. Goldfinch off the computer.

Thirdly, the timing, and I'm going to comment more on each of these in a few minutes.

The fourth item is the absence of any evidence of any injury to the complainant's genitals.

Number 5, the glasses being undamaged.

Number 6 is the kiss.

Number 7, phoning the cab.

Number 8, being worried that he'd lost everything.

Number 9, testimony that he may have been flaccid throughout.

And number 10, extensive lack of recall.

Lastly, number 11, all hell broke loose. There was yelling. It was loud. And I'm going to invite you to look closely at each of those items.

(A.R., vol. III, at p. 275)

[170] J'ai déjà résumé les aspects pertinents du témoignage de l'appelant. Les éléments de preuve suivants constituaient les aspects essentiels de la thèse qu'il a exposée au jury dans ses observations finales :

[TRADUCTION]

[M^e HATCH] Je vais maintenant attirer votre attention sur 11 éléments importants. Je vais commencer par vous les énumérer les uns à la suite des autres. Il se peut qu'il y ait d'autres éléments que vous trouviez également importants et, de toute évidence, vous allez également en tenir compte. J'aimerais toutefois que vous examiniez attentivement les 11 éléments suivants :

Numéro 1, le téléphone qui se trouvait dans la chambre.

Deuxièmement, le fait qu'elle insistait pour que M. Goldfinch laisse l'ordinateur.

Troisièmement, la chronologie des événements; je vais revenir sur chacun de ces aspects dans quelques minutes.

Le quatrième élément est l'absence de preuve de blessures aux organes génitaux de la plaignante.

Numéro 5, l'absence de dommage aux lunettes.

Numéro 6, le baiser.

Numéro 7, l'appel d'un taxi.

Numéro 8, le fait que M. Goldfinch craignait avoir tout perdu.

Numéro 9, la crainte de M. Goldfinch d'avoir été flasque pendant tout ce temps.

Et numéro 10 : l'incapacité de se souvenir de beaucoup de faits.

Enfin, numéro 11, tout s'est mis à basculer. Il y a eu des cris, des hurlements. Je vais vous inviter à examiner attentivement chacun de ces éléments de preuve.

(d.a., vol. III, p. 275)

[171] In contrast, the Crown advanced the following theory to the jury:

[CROWN] The Crown's submission is that Mr. Goldfinch was expecting sex from [the complainant] that day. That's the only reason he went to pick her up. When he found out that he was not going to get it, he snapped.

(A.R., vol. III, at p. 286)

The Crown elaborated on this theory at the outset of its closing submissions by telling the jury:

[CROWN] In this case, you heard [the complainant], a 54-year-old woman, tell you that she was sexually assaulted. She and Mr. Goldfinch dated for seven or eight months. They lived together. She ended the relationship. Her evidence on those points is uncontradicted. She told you that she called him. He picked her up. She was open to the possibility of having sex with him. When the offer was made to accompany Mr. Goldfinch downstairs, she knew what that really meant, and she made it clear that she would come downstairs but that there would be no sex.

(A.R., vol. III, at p. 283)

[172] In her final charge to the jury, the trial judge instructed:

[THE COURT] Finally, I wish to talk to you about the evidence you heard of the prior sexual relationship between Mr. Goldfinch and [the complainant]. You heard some evidence that Mr. Goldfinch and [the complainant] had dated, briefly lived together, and continued to have sexual relations on occasion in 2014. This evidence provides you with some context for their relationship. You must not use this evidence, however, to help you decide or infer that, because of the sexual nature of their relationship, [the complainant] is more likely to have [consented] to sexual

[171] En revanche, le ministère public a avancé la thèse suivante devant le jury :

[TRADUCTION]

[MINISTÈRE PUBLIC] Selon le ministère public, M. Goldfinch s'attendait à avoir des relations sexuelles avec [la plaignante] ce jour-là. C'est la seule raison pour laquelle il est passé la prendre chez elle. Lorsqu'il a découvert qu'il n'allait pas obtenir ce qu'il voulait, il a pété les plombs.

(d.a., vol. III, p. 286)

Le ministère public a développé sa thèse à l'ouverture de ses observations finales en expliquant ce qui suit au jury :

[TRADUCTION]

[MINISTÈRE PUBLIC] En l'espèce, vous avez entendu [la plaignante], une femme âgée de 54 ans, vous dire qu'elle avait été agressée sexuellement. Elle et M. Goldfinch sont sortis ensemble pendant sept ou huit mois. Ils ont vécu ensemble. Elle a mis fin à la relation. Le témoignage qu'elle a donné sur ces éléments n'a pas été contredit. Elle vous a dit que c'était elle qui avait appelé M. Goldfinch. Il est passé la prendre chez elle. Elle était ouverte à la possibilité d'avoir des relations sexuelles avec lui. Lorsque M. Goldfinch l'a invitée à le suivre à l'étage inférieur, elle savait ce que cela voulait vraiment dire, et elle lui a bien fait comprendre qu'elle le suivrait en bas, mais qu'il n'y aurait pas de relation sexuelle.

(d.a., vol. III, p. 283)

[172] Dans son exposé final aux jurés, la juge du procès a donné les directives suivantes :

[TRADUCTION]

[LA COUR] Enfin, je tiens à vous parler du témoignage que vous avez entendu au sujet des relations sexuelles antérieures qu'ont eues M. Goldfinch et [la plaignante]. Vous avez entendu des éléments de preuve suivant lesquels M. Goldfinch et [la plaignante] étaient sortis ensemble, avaient vécu brièvement ensemble et avaient continué à avoir des relations sexuelles à l'occasion en 2014. Ces éléments de preuve vous expliquent un peu le contexte de leur relation. Vous ne devez toutefois pas utiliser ces éléments de preuve pour vous aider à décider ou à conclure que, en

intercourse with Mr. Goldfinch on May 29th, 2014. The fact that they had sexual relations in the past or the extent of their sexual relations is irrelevant to the issue of consent on this particular occasion. Our law requires that consent be given to sexual activity on each and every occasion.

Further, you must not use the evidence of their relationship to help you decide or infer that [the complainant] is less believable or reliable as a witness in this case, but you may consider any contradictions in her evidence about the nature of their relationship in assessing credibility, as you would with any witness.

(A.R., vol. III, at p. 362)

[173] The jury returned a verdict of not guilty.

IV. The Appeal — 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22

[174] The Crown appealed, arguing the trial judge erred by allowing the jury to hear that the appellant and complainant were friends with benefits, because it was used to advance inferences that were prohibited under s. 276(1) of the *Criminal Code* — specifically, that the complainant was more likely to consent to the sexual activity with the appellant, or that she was less worthy of belief overall. A majority at the Court of Appeal of Alberta agreed, and ordered a new trial (at paras. 1-55), with Berger J.A. dissenting. The relationship evidence had no relevant purpose other than to engage in prohibited reasoning, and its admission ran afoul of s. 276(1).

V. Analysis

[175] In order to appeal from an acquittal, the Crown must demonstrate that the trial judge erred on a point of law. The legal question before us is, therefore, whether the trial judge erred in law because

raison du caractère sexuel de leur relation, [la plaignante] est plus susceptible d’avoir consenti à avoir des relations sexuelles avec M. Goldfinch le 29 mai 2014. Le fait qu’ils ont eu des relations sexuelles dans le passé ou la fréquence de leurs relations sexuelles ne sont pas des éléments pertinents pour répondre à la question du consentement à cette occasion précise. Notre droit exige que le consentement à une activité sexuelle soit donné chaque fois.

De plus, vous ne devez pas utiliser les éléments de preuve concernant leur relation pour vous aider à décider ou à conclure que [la plaignante] est moins crédible ou moins digne de foi comme témoin dans cette cause-ci, mais vous pouvez tenir compte de toute contradiction que vous relevez dans son témoignage quant à la nature de sa relation avec M. Goldfinch pour évaluer sa crédibilité, comme vous le feriez pour tout autre témoin.

(d.a., vol. III, p. 362)

[173] Le jury a rendu un verdict d’acquittement.

IV. L’appel — 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22

[174] Le ministère public a interjeté appel de ce verdict en faisant valoir que la juge du procès avait commis une erreur en permettant aux jurés d’entendre que l’appellant et la plaignante étaient des amis-amants, puisque cet élément de preuve a servi à tirer des conclusions interdites par le par. 276(1) du *Code criminel* — en l’occurrence, que la plaignante était plus susceptible de consentir à avoir des rapports sexuels avec l’appellant ou qu’elle était moins digne de foi dans l’ensemble. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta ont abondé dans le sens du ministère public et ont ordonné la tenue d’un nouveau procès (par. 1-55), le juge Berger était dissident. Les éléments de preuve relatifs à la relation n’avaient d’autre but pertinent que de se livrer à un raisonnement interdit et leur admission en preuve allait à l’encontre du par. 276(1).

V. Analyse

[175] Pour pouvoir interjeter appel d’un verdict d’acquittement, le ministère public doit démontrer que le juge du procès a commis une erreur de droit. La question qui nous est soumise est par conséquent

some legal principle precludes relationship evidence, namely “friends with benefits” evidence, from being admitted in these circumstances. Any alleged errors reduce to this: either the trial judge erred, as the ordinary meaning of “friends with benefits” invariably leads the jury to engage in prohibited reasoning under s. 276(1), or she erred because the evidence that they were “friends with benefits” was simply not relevant to any issue at trial under s. 276(2)(b).

[176] With respect for those holding contrary views, no such errors are shown here.

A. *The Trial Judge Did Not Err in Permitting the Evidence to Filter Through Section 276(1)*

[177] Evidence that an accused and a complainant are in a friends with benefits relationship, without more, does not solely derive its relevance in a criminal trial from lines of reasoning prohibited by s. 276(1). But this is exactly what the majority finds: the obvious implication of friends with benefits is that the parties are in a relationship understandable *only* by reference to its sexual features. The evidence, then, is seen as denoting to the jury nothing more than a relationship characterized by (and *only* by) a repeated pattern of sexual activity; the allure of twin myth reasoning becomes irresistible.

[178] Respectfully, I do not share this starting premise. While I agree that the jury *could* draw from prohibited lines of reasoning in these circumstances, the test for exclusion under s. 276(1) is not satisfied merely where a jury *could* draw such inferences. The risk that the jury might erroneously infer consent from evidence of the nature of a relationship is a realistic danger in *all* relationship evidence — which, I note, the majority does not categorically exclude under s. 276(1). Rather, the test for exclusion under

celle de savoir si la juge du procès a commis une erreur de droit, étant donné qu’un principe de droit empêche dans ces circonstances d’admettre la preuve concernant la relation, en l’occurrence celle concernant la relation « amis-amants ». Toute erreur alléguée se réduit à ceci : soit la juge du procès a commis une erreur, puisque le sens courant de l’expression « amis-amants » mène invariablement le jury à adopter un raisonnement interdit par le par. 276(1), soit elle a commis une erreur parce que la preuve qu’ils entretenaient une relation « amis-amants » n’était tout simplement pas pertinente pour trancher les questions soulevées au procès comme l’exige l’al. 276(2)(b).

[176] En toute déférence pour les tenants de l’opinion contraire, j’estime qu’aucune erreur de ce genre n’a été démontrée en l’espèce.

A. *La juge du procès n’a pas commis d’erreur en autorisant que la preuve passe le test du par. 276(1)*

[177] La question de la pertinence de la preuve qu’un accusé et une plaignante entretiennent une relation amis-amants, sans plus, ne découle pas uniquement, dans le cadre d’un procès criminel, des raisonnements interdits par le par. 276(1). C’est toutefois exactement la conclusion à laquelle en arrivent mes collègues dans leur décision majoritaire : ce qui est manifestement implicite, selon eux, relativement aux amis-amants, c’est que les parties entretiennent une relation qui ne s’explique *qu’en* référence à son caractère sexuel. La preuve est donc perçue comme n’indiquant au jury rien de plus qu’une relation caractérisée par un schéma répété d’activités sexuelles (et par *rien d’autre*); l’attrait d’un raisonnement fondé sur les deux mythes devient irrésistible.

[178] Soit dit en tout respect, je ne souscris pas à cette prémisse. Bien que je convienne que le jury *pourrait* tirer des conclusions de raisonnements interdits dans de telles circonstances, il n’est pas satisfait au test d’exclusion prévu au par. 276(1) simplement parce qu’un jury *pourrait* tirer de telles conclusions. Le risque que le jury puisse tirer par erreur la conclusion qu’il y a eu consentement à partir de la preuve de la nature d’une relation constitue un danger réaliste, *quel que soit* le type de relation — ce que, je

s. 276(1) is whether the evidence solely derives its relevance from prohibited lines of reasoning.

[179] In other words, s. 276(1) categorically excludes evidence of *other* sexual activity where its relevance is premised on one or both of the twin myths. But that is only part of the inquiry. The analyses under ss. 276(1) and 276(2) are not isolated from each other. Rather, they apply together since s. 276(2) creates a presumption of inadmissibility, making all evidence of the complainant's sexual history inadmissible unless it is (a) of a sufficient specificity for the interests underlying s. 276 to be properly weighed, (b) relevant to an issue at trial that does not draw its relevance from prohibited lines of reasoning under s. 276(1),¹⁴ and (c) of significant probative value that is not substantially outweighed by its prejudicial effect (*R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, at paras. 82-83; E. Craig, "Section 276 Misconstrued: The Failure to Properly Interpret and Apply Canada's Rape Shield Provisions" (2016), 94 *Can. Bar Rev.* 45, at p. 53). If the evidence cannot meet each of these statutory criteria under s. 276(2), it is inadmissible.

[180] In practice, therefore, the *voir dire* judge should determine whether the evidence is of specific instances of sexual activity, is relevant to an identifiable issue at trial that does not draw from prohibited lines of reasoning set out in s. 276(1), and has significant probative value that is not outweighed by substantial prejudice.

[181] To be clear, however, and to repeat: the test for exclusion under s. 276(1) is whether the evidence derives its relevance *solely* from twin myth

¹⁴ Parliament has clarified this by amending s. 276(2)(a) of the *Criminal Code* to state that evidence of other sexual activity cannot be adduced for the purpose of supporting an inference described in s. 276(1).

le souligne, les juges majoritaires n'excluent pas catégoriquement dans leur application du par. 276(1). Le test d'exclusion prévu à cette disposition consiste plutôt à se demander si la preuve ne tire sa pertinence que des raisonnements interdits.

[179] Autrement dit, le par. 276(1) exclut catégoriquement la preuve d'activités sexuelles *autres* que celle en cause lorsque la pertinence de cette preuve repose sur l'un ou l'autre des deux mythes ou sur les deux. Il ne s'agit toutefois là que d'une partie de l'examen. Les analyses prescrites par les par. 276(1) et 276(2) ne sont pas isolées l'une de l'autre. Ces dispositions s'appliquent plutôt conjointement, puisque le par. 276(2) crée une présomption d'inadmissibilité qui fait que toute preuve concernant les antécédents sexuels de la plaignante est inadmissible en preuve à moins : a) qu'elle renferme suffisamment de détails pour permettre au juge d'évaluer correctement les facteurs visés à l'art. 276; b) qu'elle soit en rapport avec un élément de la cause dont la pertinence ne repose pas sur un des raisonnements interdits par le par. 276(1)¹⁵ et c) que le risque d'effet préjudiciable de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante (*R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, par. 82-83; E. Craig, « Section 276 Misconstrued : The Failure to Properly Interpret and Apply Canada's Rape Shield Provisions » (2016), 94 *R. du B. can.* 45, p. 53). Si la preuve ne peut satisfaire à chacun de ces critères prévus au par. 276(2), elle est irrecevable.

[180] En pratique, le juge chargé du voir-dire doit donc décider si la preuve porte sur des cas particuliers d'activités sexuelles, si elle est en rapport avec une question identifiable en cause au procès qui ne découle pas des raisonnements interdits décrits au par. 276(1), et si un effet préjudiciable important de la présentation de la preuve ne l'emporte pas sur sa valeur probante importante.

[181] Pour que mes propos soient bien clairs, je le répète : le test d'exclusion prévu au par. 276(1) consiste donc à se demander si la pertinence de la

¹⁵ Le législateur a clarifié cela en modifiant l'al. 276(2)a) du *Code criminel* pour qu'il prévoie maintenant que la preuve d'une autre activité sexuelle ne peut pas être présentée afin de permettre les déductions visées au par. 276(1).

reasoning. Section 276(1) does *not* operate to exclude evidence which merely “engages” (majority reasons, at para. 42) twin myth reasoning. Were “engagement” the test for categorical exclusion under s. 276(1), it would risk exclusion of *all* relationship evidence, or at least all evidence of relationships which also involve sexual activity, since that, too, would conceivably “engage” twin myth reasoning. Rather, relationship evidence will typically be filtered via the inquiry contemplated by s. 276(2)(b), being whether, *in this case*, the relationship evidence is relevant to an identifiable issue at trial.

[182] The heart of the Crown’s appeal is that “friends with benefits” is too “sexual” in its ordinary meaning, and therefore *solely* derives its relevance from prohibited lines of reasoning such that it is categorically excluded under s. 276(1). But the Crown does not explain why evidence of the relationship which this term denotes is objectionable, while evidence of other relationships which regularly pass through the filter of s. 276(1), and yet which might also suggest previous sexual activity — for example, “married”, “dating”, or “boyfriend-girlfriend”, or, for that matter, the Crown’s preferred relationship description in this case of former lovers who enjoy adult sleepovers — is not.

[183] The trial judge reasoned, entirely correctly in my view, that Canadian jurors understand that relationships come in many forms. And, in any event, she made the jury aware of the permissible purpose for which the evidence of *this* relationship was admitted (to explain how the appellant and the complainant knew each other), and of the impermissible inferences they could *not* draw from its use in popular imagination.

preuve découle *uniquement* des raisonnements fondés sur les deux mythes. Cette disposition *n’a pas* pour effet d’exclure une preuve qui ne fait qu’« intervenir » (motifs des juges majoritaires, par. 42) ces raisonnements. Si l’« intervention » était le test pour catégoriquement exclure la preuve en application du par. 276(1), cela risquerait d’exclure *toute* preuve relative à des relations, ou à tout le moins toute preuve de relations qui comportent une dimension sexuelle, puisqu’il est concevable que cela puisse aussi faire intervenir les raisonnements fondés sur les deux mythes. La preuve de relations sera typiquement plutôt filtrée en fonction de l’examen prévu à l’al. 276(2)b), soit en se demandant si, *dans le cas en cause*, la preuve de la relation est pertinente à une question identifiable lors du procès.

[182] La thèse du ministère public s’articule essentiellement autour de l’idée que le terme « amis-amants » a une connotation trop « sexuelle » dans son sens courant, et que la preuve à l’égard d’une relation de ce type tire donc sa pertinence *uniquement* des raisonnements interdits, de telle sorte qu’elle est catégoriquement exclue aux termes du par. 276(1). Le ministère public n’explique toutefois pas en quoi la preuve concernant la relation qu’évoque cette expression est condamnable, tandis que la preuve d’autres types de relations qui passent régulièrement le filtre du par. 276(1) et qui pourraient malgré tout également suggérer des antécédents sexuels — par exemple, celles qu’entretiennent des individus qui sont « mariés », qui « sortent ensemble » ou qui sont « copain-copine », ou, d’ailleurs, la description qu’a préconisé le ministère public dans la présente affaire, soit celle d’ex-amants qui aiment passer des nuits intimes adultes — n’est pas répréhensible.

[183] La juge du procès a expliqué, tout à fait correctement à mon avis, que les jurés canadiens savent bien qu’il existe divers types de relations. En tout état de cause, elle leur a aussi fait comprendre dans quel but permis la preuve de *cette* relation était admise — en l’occurrence, pour expliquer le contexte des fréquentations de l’appelant et de la plaignante — et elle leur a expliqué les conclusions interdites qu’ils *ne* pouvaient *pas* tirer de cette expression au sens qu’elle évoque dans l’imaginaire collectif.

[184] It follows that the foundation of the majority's test for admitting relationship evidence under s. 276(1) is that some relationships have aspects which transcend sexual intimacy, while other relationships (which also involve sexual activity) can be understood only through the lens of that sexual activity. The majority reduces the relationship in this case to its most carnal features, and leaves it to trial judges, moving forward, to determine whether the sexual features, real or imagined, of the particular relationship term before them would likely be used to engage in prohibited lines of reasoning. But, and I say this respectfully, this posture is unprincipled and rests on assumptions about relationships that I do not share. At the risk of stating the obvious, even relationships that involve sexual activity, but which lack the expectation or even desire of a more formal relationship such as marriage or common law partnership, can be about much more than the sexual activity. At the very least, evidence of such relationships will give important context to the non-sexual interactions between the parties to the relationship, which may be (as it is here) necessary to making full answer and defence.

[185] The majority sweeps these concerns aside. Instead, we are left only with the undesirable effect of the majority's reasons, being their creation of legally significant distinctions in this area of law between the "right" kind of relationship with sexual aspects (i.e., monogamous and stable) and the "wrong" kind of relationship with sexual aspects (friends with benefits, i.e., casual or occasional) (see U. Khan, "Hot for Kink, Bothered by the Law: BDSM and the Right to Autonomy" (Summer 2006), 41:2 *Law Matters* 17; L. A. Rosenbury, "Friends with Benefits?" (2007), 106 *Mich. L. Rev.* 189, at pp. 207-8).

[186] In the result, those who live outside the scope of relationships privileged by the majority (i.e., those who live in relationships which are neither

[184] Ainsi, le fondement du test énoncé par les juges majoritaires pour juger de l'admissibilité de la preuve de relations en application du par. 276(1) est que certaines relations comportent des aspects qui transcendent l'intimité sexuelle, alors que d'autres relations (qui comportent également une dimension sexuelle) ne peuvent être comprises que dans l'optique de cette activité sexuelle. Dans ce cas, les juges majoritaires réduisent la relation à ses caractéristiques les plus charnelles, et laissent aux juges de première instance le soin de déterminer, à l'avenir, si les caractéristiques sexuelles, réelles ou imaginaires, de la relation dont ils traitent sont susceptibles d'être utilisées à des fins de raisonnements interdits. Or, et je le dis en tout respect, cette posture n'est pas fondée sur des principes et repose sur des hypothèses que je ne partage pas concernant certaines relations. Au risque d'énoncer une évidence, même les relations qui comportent des activités sexuelles, mais qui ne supposent pas d'attentes quant à une union plus formelle ou même le désir d'établir une telle union, comme le mariage ou l'union de fait, ne se résument pas aux rapports sexuels. À tout le moins, la preuve présentée au sujet de ces relations fournira un contexte important au sujet des interactions non sexuelles entre les partenaires, ce qui peut être nécessaire — comme en l'espèce — pour garantir le droit à une défense pleine et entière.

[185] Les juges majoritaires négligent ces préoccupations. Il ne nous reste plus que l'effet indésirable de leurs motifs, soit la création de distinctions importantes sur le plan juridique dans ce domaine du droit entre le « bon » type de relations comportant des aspects sexuels (c.-à-d. celles monogames et stables) et le « mauvais » type de relations comportant des aspects sexuels (soit celles de type « amis-amants », c.-à-d. les relations occasionnelles ou sans attaches) (voir U. Khan, « Hot for Kink, Bothered by the Law : BDSM and the Right to Autonomy » (été 2006), 41:2 *Law Matters* 17; L. A. Rosenbury, « Friends with Benefits? » (2007), 106 *Mich. L. Rev.* 189, p. 207-208).

[186] Ainsi, ceux qui entretiennent des relations d'un type autre que celles privilégiées par les juges majoritaires (c.-à-d. ceux qui entretiennent

monogamous nor quasi-marital), are sacrificed, so to speak, to “majoritarian sexual morality” (E. Craig, “Capacity to Consent to Sexual Risk” (2014), 17 *New Crim. L. Rev.* 103; J. Sealy-Harrington, “Tied Hands? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent” (2014), 18 *Can. Crim. L. Rev.* 119, at p. 145). The majority may not find it troubling to privilege, in a way that goes to the heart of the ability to make full answer and defence, certain kinds of relationships over others, but I do, and I respectfully decline to follow my colleagues through this moral thicket.

[187] Further, the majority effectively reads out crucial parts of the common law from *Seaboyer* governing how trial judges should approach defence evidence (see also *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475, at para. 19) and resurrects the approach to evidence — specifically, of creating pre-determined categories of admissibility — which this Court rejected in *Seaboyer*. And finally, this approach downplays the text and purpose of statutory provisions like s. 276.4, which recognizes that evidence may be admissible for certain purposes yet inadmissible for other purposes, and makes a limiting instruction *mandatory* where any evidence of other sexual activity is introduced, even if it only refers to other sexual activity indirectly or implicitly, to cure prejudice and to warn the jury of the impermissible uses of that evidence.

[188] Here, the evidentiary ruling was *crystal clear*: the jury could be told the basic fact that the appellant and the complainant were “friends with benefits”, but could not be told about any details, including the frequency of sexual activity. The jury was instructed *twice* on the permissible use of the evidence (to provide context for how the appellant and the complainant knew each other) and its impermissible uses (to suggest that, because they were friends with benefits, the complainant was more likely to consent on this occasion, or was less

des relations qui ne sont ni monogames ni quasi-maritales) sont pour ainsi dire sacrifiées au profit de la [TRADUCTION] « moralité sexuelle de la majorité » (E. Craig, « Capacity to Consent to Sexual Risk » (2014), 17 *New Crim. L. Rev.* 103; J. Sealy-Harrington, « Tied Hands? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent » (2014), 18 *R.C.D.P.* 119, p. 145). Les juges majoritaires peuvent ne pas trouver troublant de privilégier certains types de relations par rapport à d’autres, et ce, d’une manière qui heurte de plein fouet la capacité de présenter une défense pleine et entière, mais j’estime pour ma part que ce l’est, et je refuse de m’engager à leur suite dans un tel dédale moral.

[187] En outre, l’approche préconisée par les juges majoritaires ignore des pans cruciaux des règles de common law établies dans l’arrêt *Seaboyer*, qui régissent la manière dont le juge du procès doit aborder la preuve de la défense (voir également *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 19) et redonne vie à une approche de la preuve — en l’occurrence celle consistant à créer des catégories préétablies d’admissibilité — que la Cour a rejetée dans l’arrêt *Seaboyer*. Enfin, cette approche réduit la portée du texte et l’objet de dispositions législatives comme l’art. 276.4 qui reconnaît qu’une preuve peut être admissible à certaines fins, mais non à d’autres, et qui *oblige* le juge à donner des directives restrictives au jury lorsqu’une preuve d’antécédents sexuels est présentée, même si cette preuve ne mentionne qu’indirectement ou implicitement les antécédents sexuels en question, pour réparer le préjudice causé et pour mettre le jury en garde contre les utilisations interdites de cette preuve.

[188] En l’espèce, la décision relative à la preuve était *limpide* : il était possible de dire au jury le fait élémentaire que l’appelant et la plaignante étaient des « amis-amants », mais pas les détails, quels qu’ils soient, de cette relation, y compris la fréquence de leurs activités sexuelles. À *deux reprises*, le jury a reçu des directives quant à l’utilisation permise de la preuve (soit pour fournir le contexte des fréquentations de l’appelant et de la plaignante) et sur ses utilisations interdites (soit pour suggérer que, parce qu’ils étaient amis-amants, la plaignante était plus

worthy of belief overall). I therefore cannot agree with the majority that the evidence should not have filtered through s. 276(1).

B. *The Trial Judge Did Not Err in Her Relevance Determination Under Section 276(2)(b)*

[189] Turning to s. 276(2)(b), the majority finds nothing in the appellant’s evidence which, absent the information that he and the complainant were friends with benefits, casts him in a particularly unfavourable light, or which would render his narrative “untenable” or “utterly improbable”. On this basis, the majority finds the trial judge’s determination that the nature of the relationship was relevant to the appellant’s ability to make full answer and defence to constitute reversible error.

[190] On this point, I cannot find fault with the principles relied on by the trial judge which led her to that conclusion. Section 276(2)’s evidentiary filter recognizes the relevance of evidence of a relationship between the complainant and the accused and therefore allows it to be admitted, but only where its absence would prevent the accused from making full answer and defence, by leaving the trier of fact with a distorted representation of the circumstances surrounding the incident (see *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (Ont. C.A.); *R. v. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85 (Ont. S.C.J.); *R. v. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179 (Ont. S.C.J.); *R. v. Blea*, [2005] O.J. No. 4191 (QL) (S.C.J.); *R. v. A.A.*, 2009 ABQB 602, 618 A.R. 137; *R. v. Provo*, 2018 ONCJ 474, 48 C.R. (7th) 1; see also Craig, “Section 276 Misconstrued”, at p. 75). The trial judge concluded this was such a circumstance. And, I repeat: *the Crown was substantially of the same view*. Its objection was *not to the admissibility* of evidence of the relationship, but to *the label*. Indeed, the Crown’s position has remained consistent that the nature of the relationship is *not* in dispute (A.R., vol. II, at p. 40; R.F.C.A., at para. 6; R.F., at para. 8): a former

susceptible de consentir à cette occasion, ou qu’elle était moins digne de foi dans l’ensemble). Je ne peux donc pas souscrire à l’opinion des juges majoritaires selon laquelle la preuve n’aurait pas dû passer le test du par. 276(1).

B. *La juge du procès n’a pas commis d’erreur dans sa détermination de la pertinence en application de l’al. 276(2)b*

[189] Se penchant ensuite sur l’al. 276(2)b, les juges majoritaires ne trouvent rien dans la preuve de l’appelant qui, outre le fait que ce dernier et la plaignante entretenaient une relation amis-amants, jette une lumière particulièrement défavorable sur lui, ou rendrait sa version des faits « indéfendable » ou « complètement improbable ». Sur ce fondement, ils concluent que la décision de la juge du procès que la nature de la relation était pertinente pour garantir le droit de l’appelant à une défense pleine et entière constitue une erreur donnant lieu à révision.

[190] Sur cette question, je ne puis rien reprocher à la juge du procès pour ce qui est des principes sur lesquels elle s’est fondée pour tirer cette conclusion. Le filtre de la preuve prévu au par. 276(2) reconnaît la pertinence d’une preuve concernant la relation qu’entretiennent la plaignante et l’accusé et permet donc son admission, mais uniquement si le défaut d’y avoir accès empêcherait l’accusé de présenter une défense pleine et entière et donnerait aux juges des faits une image déformée des circonstances entourant la perpétration de l’acte reproché (voir *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (C.A. Ont.); *R. c. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85 (C.S.J. Ont.); *R. c. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179 (C.S.J. Ont.); *R. c. Blea*, [2005] O.J. No. 4191 (QL) (C.S.J.); *R. c. A.A.*, 2009 ABQB 602, 618 A.R. 137; *R. c. Provo*, 2018 ONCJ 474, 48 C.R. (7th) 1; voir également Craig, « Section 276 Misconstrued », p. 75). La juge du procès a conclu que tel était le cas en l’espèce. En outre, je le répète, *le ministère public était essentiellement du même avis*. Son objection *ne* portait *pas* sur *l’admissibilité* de la preuve concernant la relation, mais sur *le terme employé*. D’ailleurs, l’avocate du ministère public a constamment affirmé que la

relationship — now a friendship — that, from time to time, involves sexual activity.

[191] Preventing distortion was necessary for the jury to assess the credibility of the appellant’s evidence, which was the most relevant and material issue with which the jury would have had to grapple. Indeed, it went to what Sopinka J. (albeit in dissent) once described as “the most fundamental rule of the game” (*R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 750; see also L. A. Silver, “The *WD* Revolution” (2018), 41 *Man. L.J.* 307), since it went to this accused’s capacity to raise a reasonable doubt on the strength of his own evidence. It is difficult to conceive of evidence of greater probative value than evidence that is essential to an accused’s ability to make full answer and defence. This is particularly so where, as here, the evidence of the complainant and the accused are diametrically opposed in every material respect, leaving credibility the most important issue at trial (*R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, at para. 12, per L’Heureux-Dubé J.; see also *R. v. Nyznik*, 2017 ONSC 4392, 40 C.R. (7th) 241, at paras. 15-16).

[192] The majority gestures to these principles, but ultimately finds that this jury gained nothing of value by knowing the appellant and the complainant were in a relationship. It in no way assisted them as it weighed the plausibility of the appellant’s account, as it could have only been used to advance impermissible lines of reasoning.

[193] I am afraid I see the matter quite differently. To deny the appellant the ability to point to his relationship would in these circumstances disable the jury from meaningfully performing its central function of finding facts and seeking out the truth. How else, for example, could the jury properly assess his explanation for why he went over to the complainant’s residence to pick her up that evening (he owed

nature de la relation en l’espèce *n’était pas* en litige (d.a., vol. II, p. 40; m.a.c.a., par. 6; m.i., par. 8), et qu’il s’agissait d’une ancienne relation, muée en amitié depuis, dans le cadre de laquelle les parties avaient, à l’occasion, des relations sexuelles.

[191] Il fallait empêcher que le jury ait une image déformée des faits pour garantir qu’il soit en mesure d’évaluer la crédibilité du témoignage de l’appelant, la question la plus importante et la plus pertinente soumise à son appréciation. D’ailleurs, cette question concernait ce que le juge Sopinka — quoiqu’en dissidence — a déjà qualifié de « règle la plus fondamentale du système » (*R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, p. 750; voir également L. A. Silver, « The *WD* Revolution » (2018), 41 *Man. L.J.* 307), car elle concerne la capacité de l’accusé en l’espèce de soulever un doute raisonnable en s’appuyant sur son propre témoignage. Il est difficile de concevoir une preuve qui aurait une valeur probante plus grande que celle qui est essentielle pour permettre à l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Cela est d’autant plus vrai lorsque, comme en l’espèce, le témoignage de la plaignante et celui de l’accusé sont diamétralement opposés sur chaque point important, de sorte que la question de leur crédibilité est la plus importante à trancher au procès (*R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, par. 12, la juge L’Heureux-Dubé; voir également *R. c. Nyznik*, 2017 ONSC 4392, 40 C.R. (7th) 241, par. 15-16).

[192] Les juges majoritaires font allusion à ces principes, mais finissent par conclure que les jurés n’ont rien appris d’utile en se faisant dire que l’appelant et la plaignante entretenaient une relation. Selon mes collègues, ce fait ne les a nullement aidés à évaluer la vraisemblance du récit de l’appelant, car il n’aurait pu être utilisé que pour tenir un raisonnement interdit.

[193] Je constate à regret que je vois les choses tout à fait différemment. Nier à l’appelant la capacité de parler de sa relation avec la plaignante revient dans ces circonstances à priver les jurés de leur capacité de remplir véritablement leur mission principale, soit celle de constater les faits et de rechercher la vérité. Sinon, comment, par exemple, le jury pourrait-il correctement évaluer les raisons

her “birthday sex”)? Or his mouthing, unprompted, at her “I’m going to fuck you” in the presence of his roommate? Or their bickering about which side of the bed she would sleep on to avoid “hot flashes”? Or his knowledge of her hot flashes? Or that the hot flashes occurred when she was on a certain side of his bed?

[194] To prohibit the appellant from explaining these statements, or this knowledge, by testifying that he was in a relationship with the complainant, is to force him to tell an incomplete story — a story which includes an account of the act but no explanation for how he and the complainant “got there”, and why he said what he said, and why he did what he did. More particularly, without this evidence, his actions (including his words and gestures) will have appeared to have arisen out of nowhere, creating a completely misleading impression on the jury. His right to make full answer and defence would be reduced to painting a picture of himself as (at best) crude and reckless, or (at worst) predatory.

[195] Ultimately, the majority suggests that the trial judge would *not* have erred had she simply accepted the Crown’s proposed language of former lovers, who, from time to time, had adult sleepovers. But it is far from clear that this is an improvement over “friends with benefits”, and indeed in my view it would appear more likely to invite prurient and speculative inferences. And, as Berger J.A. noted in his dissent in the court below, the Crown’s language would not have been necessarily accompanied by either of the *two* limiting instructions the trial judge gave at this trial. The jury’s collective mind would truly be left to wander. Instead, the trial judge concluded that allowing the jury to hear about the existence of a relationship, without hearing evidence about its particularities or frequency, prevented the appellant’s evidence from being considered through a distorted lens and ensured the appellant’s right to make full answer and defence was preserved. I find

données par l’appelant pour justifier qu’il soit allé chercher la plaignante chez elle pour la ramener chez lui ce soir-là (il lui devait [TRADUCTION] « du sexe pour son anniversaire »)? Ou le fait qu’il lui a dit spontanément « je vais te baiser », en présence de son colocataire? Ou leur querelle quant au côté du lit où elle dormirait pour éviter ses « bouffées de chaleur »? Ou le fait qu’il était au courant de ses bouffées de chaleur? Ou qu’elle avait des bouffées de chaleur lorsqu’elle dormait d’un certain côté du lit?

[194] Interdire à l’appelant d’expliquer ces déclarations, ou comment il était au courant de ces faits, en affirmant qu’il fréquentait la plaignante, revient à le forcer à raconter une histoire incomplète, qui comprend un récit de l’acte reproché, mais aucune explication quant à la façon dont la plaignante et lui « en sont arrivés là » et à la raison pour laquelle il a dit ce qu’il a dit et a fait ce qu’il a fait. Plus particulièrement, sans cette preuve, ses actes — y compris ses paroles et ses gestes — semblent avoir surgi de nulle part et créent dans l’esprit des jurés une impression qui les déroutera complètement. Son droit à une défense pleine et entière est limité à un point tel qu’il en est réduit à se dépeindre, au mieux, comme un être insensible et insouciant ou, au pire, comme un prédateur.

[195] En définitive, les juges majoritaires suggèrent que la juge du procès *n’aurait pas* commis d’erreur si elle avait simplement accepté la description de la relation proposée par le ministère public, soit celle d’ex-amants qui, à l’occasion, se voyaient pour passer des nuits intimes adultes. Il est toutefois loin d’être clair que cette description est préférable au terme « amis-amants » puisque, en fait, à mon avis, elle semble plus susceptible d’inciter à faire des inférences audacieuses et spéculatives. En outre, comme le juge Berger de la Cour d’appel l’a souligné dans sa dissidence, le terme utilisé par le ministère public *n’allait pas* nécessairement être accompagné de l’une ou l’autre des *deux* directives restrictives énoncées par la juge de première instance durant le procès. Les jurés, collectivement, seraient donc véritablement laissés dans le doute. La juge du procès a plutôt conclu que le fait de permettre que le jury entende parler de l’existence d’une relation, sans

nothing in the trial judge’s relevance assessment that constitutes reversible error.

C. *A New Trial Is Procedurally Unfair and Lowers the Graveline Standard*

[196] My third point of departure relates to fairness. I observe that it was *the Crown’s* cross-examination of the appellant which directly put the *sexual* nature of his relationship with the complainant at issue. And it was *the Crown* who suggested that he had sexually assaulted her because they hadn’t had sex recently. And it was *the Crown* who suggested that they had a “tumultuous relationship” marked with many arguments and her being upset with him but returning to him eventually. *The difference*, however, is that the Crown leaned into the existence of the relationship in order to advance a theory that, *because* they were in a sexual relationship, the jury should find that he expected sex and was angry when she refused. At the same time, however, the Crown insisted that the appellant be prohibited from rebutting that theory, if his evidence would in any way indirectly reveal to the jury that the complainant had engaged in *the same sexual activity that the Crown pointed to in support of its own theory*. This is, as I have already observed, fundamentally unfair.

[197] What also strikes me as fundamentally unfair is the majority’s characterization of the effects of the evidentiary ruling, in particular because the evidentiary ruling would not have revealed any direct evidence of other sexual activity (which is a critical consideration in the balancing mandated by

autre preuve sur ses particularités ou la fréquence des contacts, permettait d’éviter que le témoignage de l’appelant puisse être examiné à travers un prisme déformé et garantissait à l’appelant son droit de présenter une défense pleine et entière. Je ne vois rien dans l’évaluation de la pertinence menée par la juge du procès qui constitue une erreur donnant lieu à révision.

C. *La tenue d’un nouveau procès est injuste sur le plan procédural et abaisse la norme établie par Graveline*

[196] La troisième divergence entre mon point de vue et celui de mes collègues concerne l’équité. Je constate que c’est le contre-interrogatoire de l’appelant par *le ministère public* qui a directement mis en cause la nature *sexuelle* de la relation qu’entretenaient l’appelant et la plaignante. C’est également *le ministère public* qui a laissé entendre que l’appelant avait agressé sexuellement cette dernière parce qu’ils n’avaient pas eu de relation sexuelle récemment avant l’acte reproché. Et c’est *le ministère public* qui a suggéré qu’ils avaient une « relation tumultueuse » caractérisée par de nombreuses disputes et par le fait qu’elle se mettait en colère contre lui, mais qu’elle finissait toujours par revenir vers lui. *La différence*, toutefois, réside dans le fait que le ministère public a tablé sur l’existence de la relation pour défendre une théorie selon laquelle, *parce qu’ils* avaient des rapports sexuels dans le cadre de leur relation, le jury devait conclure que l’appelant s’attendait à des rapports sexuels et était en colère parce qu’elle avait refusé ses avances. Le ministère public a toutefois également insisté pour qu’on empêche l’appelant de réfuter cette thèse si son témoignage devait de quelque façon que ce soit révéler indirectement au jury que la plaignante avait eu *le même type d’activités sexuelles que celui allégué par le ministère public à l’appui de sa propre thèse*. Cette approche, comme je l’ai déjà mentionné, est fondamentalement injuste.

[197] La caractérisation qu’effectuent mes collègues majoritaires des effets de la décision relative à la preuve me paraît aussi fondamentalement injuste. C’est le cas notamment parce que la décision relative à la preuve n’aurait pas dévoilé de preuve directe d’autres activités sexuelles — ce qui constitue un

s. 276), had not *the Crown* chosen to pursue a line of questioning that directly contravened it. The ruling, it must be remembered, should have had the effect of only indirectly or incidentally revealing the complainant's other sexual activity, because no evidence could be elicited about "the specific sexual acts [the complainant] and the accused engaged in", or "the number of times they had sexual relations after they ceased living together" (A.R., vol. I, at p. 10). The s. 276 regime recognizes that differing degrees of prejudice will flow from certain types of sexual history evidence over others. A trial judge assesses the extent to which sexual history evidence will risk leading the jury *in this case* to draw prohibited inferences. This is a core feature of the discretion afforded to trial judges by s. 276 (*R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paras. 19, 30, 36 and 71).

[198] The majority provides a helpful guide for trial judges on the exercise of discretion (paras. 74-75): where a trial judge is concerned about the jury improperly speculating on past sexual activity, the trial judge should clearly explain to the jury that they will not hear any evidence about whether the relationship included a sexual aspect; the jury must be instructed that no means no and that consent in the past in no way implies or assumes consent in the future; and if relationship evidence is admissible, it should be adduced through an agreed statement of facts, to minimize the need for examination and cross-examination.

[199] And yet, each of these principles was observed by the trial judge in her evidentiary ruling, her conversations with counsel, her cautions to the jury, and her final instructions. It was *the Crown's* decision not to adduce this evidence through an agreed statement of facts (as suggested by the trial judge) and *the Crown's* later contravention of the evidentiary ruling (which had the effect of introducing otherwise inadmissible evidence before the jury), that caused the problems at trial which the majority

facteur déterminant pour la recherche de l'équilibre exigée par l'art. 276 — si *le ministère public* n'avait pas décidé de poser des questions qui contrevenaient directement à cette disposition. On se souviendra que la décision en question n'aurait dû avoir pour effet que de révéler indirectement ou accessoirement les antécédents sexuels de la plaignante, car aucune preuve ne pouvait être présentée sur [TRADUCTION] « les activités sexuelles précises auxquelles [la plaignante] et l'accusé s'étaient livrés » ou sur « le nombre de relations sexuelles qu'ils ont eues après avoir cessé de faire vie commune » (d.a., vol. I, p. 10). Le régime créé par l'art. 276 reconnaît que les divers types de preuve d'antécédents sexuels peuvent donner lieu à divers degrés de préjudice. Il appartient au juge du procès de décider dans quelle mesure la preuve d'antécédents sexuels risque d'inciter le jury à tirer des conclusions interdites *dans la cause dont il est saisi*. Il s'agit là d'une caractéristique essentielle du pouvoir discrétionnaire conféré aux juges du procès par l'art. 276 (*R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 19, 30, 36 et 71).

[198] Les juges majoritaires proposent un guide utile aux juges du procès pour l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire (par. 74-75) : lorsque le juge du procès craint que les jurés ne spéculent indûment sur les antécédents sexuels de la plaignante, il doit leur expliquer clairement qu'ils n'entendront aucun témoignage sur une éventuelle composante sexuelle de la relation; il doit leur expliquer que « non, c'est non » et que le consentement donné dans le passé n'implique ni ne suppose d'aucune façon que ce même consentement sera donné à l'avenir; et si une preuve concernant la relation est admissible, elle doit être présentée dans un exposé conjoint des faits pour minimiser le besoin de mener un interrogatoire et un contre-interrogatoire.

[199] En l'espèce, la juge du procès a respecté chacun de ces principes dans sa décision relative à la preuve, lors des échanges qu'elle a eus avec les avocats, dans les mises en garde qu'elle a servies aux jurés, ainsi que dans ses directives finales. C'est la décision *du ministère public* de ne pas présenter cette preuve au moyen d'un exposé conjoint des faits — comme l'avait suggéré la juge du procès — et le fait que *le ministère public* a par la suite contrevenu à la décision relative à la preuve — soumettant ainsi

now, remarkably, lays at the feet of *the trial judge*. This strikes me as a wholly unacceptable basis for a successful *Crown* appeal from an acquittal.

[200] That Crown counsel’s caution in seeking clarification of the ruling (which is to be commended) did not prevent a contravention of that same ruling is demonstrative of a problem of application arising from the delicate balancing mandated by s. 276 (see D. Stuart, “Twin Myth Hypotheses in Rape Shield Laws are Too Rigid and *Darrach* is Unclear” (2009), 64 C.R. (6th) 74, at pp. 75-76). What is agreed to in advance can go off the rails when the witness takes the stand. The majority identifies this as such a case, but then resolves the problem of application in favour of the Crown. This is unfortunate, because the trial judge’s evidentiary ruling, as well as her numerous interventions in the trial, were faithful to (and not a departure from) the principles articulated in *Seaboyer* and *Darrach*. She applied the correct legal principles: such relationship evidence will be relevant where the accused would otherwise be prevented from making full answer and defence, and the features of the evidence only indirectly or incidentally reveal the complainant’s other sexual activity. In such a circumstance, full answer and defence cannot be achieved by confining accused persons to saying what happened and not allowing them to explain how, or why, or to produce any corroborating evidence. The significant probative value of such evidence would outweigh any prejudicial effect (particularly when accompanied, as it was here, by an appropriate limiting instruction), and the proper balance under s. 276 would be struck.

[201] Finally, the majority’s approach relieves the Crown of its high burden of demonstrating that a legal error had a material bearing on the jury’s verdict (see *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006]

à l’appréciation des jurés une preuve par ailleurs inadmissible — qui sont à l’origine des problèmes survenus lors du procès, que les juges majoritaires imputent maintenant, étonnamment, à la *juge du procès*. Il s’agit là à mon sens d’un motif totalement inacceptable pour faire droit à l’appel d’un verdict d’acquiescement interjeté par *le ministère public*.

[200] La prudence dont a fait preuve l’avocate du ministère public en réclamant des éclaircissements au sujet de la décision — prudence dont on doit la féliciter — ne l’a pas empêchée d’y contrevenir. Cela témoigne d’un problème d’application qui s’explique par l’équilibre délicat exigé par l’art. 276 (voir D. Stuart, « Twin Myth Hypotheses in Rape Shield Laws are Too Rigid and *Darrach* is Unclear » (2009), 64 C.R. (6th) 74, p. 75-76). Ce dont il a été convenu à l’avance peut dérailler lorsque le témoin se présente à la barre. Les juges majoritaires estiment eux aussi que c’est ce qui s’est passé en l’espèce, mais ils règlent ensuite le problème d’application en faveur du ministère public. Voilà qui est regrettable, parce que la décision de la juge du procès relative à la preuve, ainsi que ses nombreuses interventions au procès, étaient fidèles aux principes énoncés dans les arrêts *Seaboyer* et *Darrach* et n’y dérogeaient pas. La juge du procès a appliqué les bons principes juridiques : une preuve comme celle en cause ici concernant la relation est pertinente lorsque l’accusé est, sans elle, empêché de présenter une défense pleine et entière et lorsque ses caractéristiques ne révèlent qu’indirectement ou accessoirement les antécédents sexuels de la plaignante. En pareil cas, le droit de l’accusé à une défense pleine et entière ne peut pas lui être assuré s’il n’est autorisé qu’à raconter que ce qui s’est passé et non à expliquer comment ni pourquoi les faits se sont produits ou à soumettre des preuves corroborantes. La grande valeur probante d’une telle preuve devrait l’emporter sur le risque qu’elle ait un effet préjudiciable (particulièrement lorsqu’elle est accompagnée, comme en l’espèce, d’une directive restrictive appropriée), de sorte que le juste équilibre visé par l’art. 276 serait atteint.

[201] Enfin, l’approche préconisée par les juges majoritaires épargne au ministère public de s’acquiescer du lourd fardeau qui lui incombe de démontrer qu’une erreur de droit a eu une incidence significative

1 S.C.R. 609). While the majority reasons that the relationship evidence tendered in this case would have had a material bearing on the acquittals, this does not account for the fact that the relationship evidence was relied on *by the Crown* against the appellant. And again, it was *the Crown*, and not the appellant, who contravened the evidentiary ruling and explored both the details (the location of previous sexual activity), and the frequency of the sexual activity.

[202] As Watt J.A. observed in *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273:

It is worth reminder that the appeal of the Attorney General is from the *acquittal*, not the admissibility ruling that is said to constitute an error in law. What is required is a demonstration of a legal error (in the admissibility ruling) and a nexus between the legal error and the verdict rendered (an acquittal). The authorities teach that acquittals are not to be overturned lightly. [Emphasis in original; para. 260.]

Here, the Crown has not established a sufficient nexus between the legal error and the verdict rendered. Again, I ask, how can the admission of this evidence be said to have had a material bearing on the acquittals, when *the Crown* was relying on the selfsame evidence to prove its case? The *Graveline* standard is not met on this record. I say respectfully that the majority's position undesirably waters down the *Graveline* standard in remitting this matter for a new trial.

VI. Conclusion

[203] Ultimately, I agree with the trial judge's chain of reasoning under s. 276. Making full answer and defence includes being allowed to tell a story that is complete and coherent by drawing from

sur le verdict du jury (voir l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609). En dépit du point de vue de mes collègues majoritaires selon lequel la preuve concernant la relation présentée en l'espèce aurait eu une incidence importante dans la décision de prononcer des acquittements, cela ne tient pas compte du fait que *c'est le ministère public* qui s'est fondé sur cette preuve contre l'appelant. De plus, je le répète, *c'est le ministère public*, et non l'appelant, qui a dérogé à la décision relative à la preuve et qui a exploré les détails de la relation (le lieu de leur relation sexuelle précédente), et la fréquence de leurs relations sexuelles.

[202] Comme le juge Watt l'a noté dans l'arrêt *R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273 :

[TRADUCTION] Il convient de se rappeler que l'appel interjeté par le procureur général porte sur le verdict d'*acquiescement* et non sur la décision concernant l'admissibilité qui constituerait une erreur de droit. Ainsi, il lui faut démontrer qu'une erreur de droit a été commise (dans la décision portant sur l'admissibilité) et qu'il existe un lien entre cette erreur et le verdict qui a été rendu (en l'occurrence un acquiescement). La jurisprudence nous enseigne qu'on ne doit pas annuler un acquiescement à la légère. [En italique dans l'original; par. 260.]

En l'espèce, le ministère public n'a pas démontré l'existence d'un lien suffisant entre l'erreur de droit qui aurait été commise et le verdict qui a été rendu. Je repose la question : comment peut-on prétendre que l'admission des éléments de preuve en cause a eu une incidence importante dans la décision de prononcer les acquittements lorsque *le ministère public* se fondait sur les éléments de preuve en question pour étayer sa thèse? Si l'on se fie au dossier dans la présente affaire, il n'a pas été satisfait à la norme établie par *Graveline*. Soit dit en tout respect, je soutiens que la décision de mes collègues majoritaires d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans la présente affaire dilue indûment cette norme établie par *Graveline*.

VI. Conclusion

[203] En fin de compte, je souscris au raisonnement de la juge du procès relatif à l'art. 276. Le droit à une défense pleine et entière suppose le droit d'être autorisé à donner une version des faits complète et cohérente en

relevant evidence whose probative value outweighs its prejudicial effects. This cannot be achieved by confining accused persons to saying what happened and not allowing them to explain how, or why, or to produce any corroborating evidence.

[204] Recognizing this, the trial judge in my view deftly managed a circumstance made difficult not only by the subject matter of the evidence, but by the Crown having exceeded the scope of the evidentiary ruling in her examination of the complainant. Her decision to admit this highly probative evidence for the limited purpose of allowing jurors to assess the plausibility of the appellant's account of what happened was faithful to *Seaboyer* (at p. 609) and to s. 276. And, her careful instruction to the jury regarding that limited purpose was sufficient to address any prejudicial effect arising. Jurors are “[not] morons, completely devoid of intelligence”, but are “conscientious”, “anxious to perform their duties”, and would not “be forgetful of instructions” (*W.(D.)*, at p. 761, per Cory J., citing *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.) (emphasis deleted); see also *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 695-96, per Dickson C.J.).

[205] This jury rendered its verdict, having been properly instructed on how to do so. I would allow the appeal and restore the acquittals.

Appeal dismissed, BROWN J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Deborah Hatch Law, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Addario Law Group, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

se servant d'éléments de preuve pertinents dont la valeur probante l'emporte sur leurs effets préjudiciables. On ne peut y parvenir en obligeant l'accusé à ne relater que ce qui s'est passé et en ne l'autorisant ni à expliquer comment et pourquoi les faits se sont déroulés, ni à produire des éléments de preuve corroborante.

[204] Reconnaissant cet état de fait, j'estime que la juge du procès a habilement géré une situation rendue difficile non seulement par l'objet de la preuve, mais aussi par le fait que le ministère public, dans son interrogatoire de la plaignante, a débordé du cadre établi par la décision relative à la preuve qu'elle avait rendue. Cette décision d'admettre une preuve qui avait une grande valeur probante dans le but limité de permettre au jury d'évaluer la plausibilité de la version des faits de l'appelant était fidèle à l'arrêt *Seaboyer* (p. 609) et à l'art. 276. En outre, les directives minutieuses qu'elle a données aux jurés au sujet de cet objectif limité suffisaient pour tenir compte de tout effet préjudiciable que cette preuve pouvait comporter. Les jurés « [ne] sont [pas] des crétiens, tout à fait dénués d'intelligence », ils sont plutôt « consciencieux[,] ils veulent remplir leur devoir de jurés » et ils « sont peu susceptibles d'oublier des directives » (*W.(D.)*, p. 761, le juge Cory, citant *R. c. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.) (soulignement omis); voir également *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 695-696, le juge en chef Dickson).

[205] Le jury a rendu son verdict après avoir reçu des directives appropriées sur la façon de s'y prendre. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les acquittements.

Pourvoi rejeté, le juge BROWN est dissident.

Procureur de l'appelant : Deborah Hatch Law, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Addario Law Group, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Albert Penunsi *Respondent*

and

**Director of Public Prosecutions,
Attorney General of Ontario,
Yukon Legal Services Society,
Canadian Civil Liberties Association,
Canadian Broadcasting Corporation and
Canadian Association for Progress in Justice**
Interveners

INDEXED AS: R. v. PENUNSI

2019 SCC 39

File No.: 38004.

2019: February 21; 2019: July 5.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and
Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL OF
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Criminal law — Sureties to keep the peace — Application of arrest and judicial interim release provisions — Information laid against defendant under peace bond provisions of Criminal Code on basis of reasonable grounds to fear he would commit serious personal injury offence — Crown's request to show cause why defendant ought to be detained or required to abide by certain conditions pending hearing on Information denied by provincial court judge — Whether judge can compel appearance of defendant to Information — Whether power of arrest and judicial interim release provisions of Criminal Code apply to peace bond proceedings — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 810.2.

P was nearing the end of a prison sentence when a peace bond Information under s. 810.2 of the *Criminal Code* was laid against him by an RCMP officer. The officer

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Albert Penunsi *Intimé*

et

**Directrice des poursuites pénales,
procureure générale de l'Ontario,
Société d'aide juridique du Yukon,
Association canadienne des libertés civiles,
Société Radio-Canada et
Canadian Association for Progress in Justice**
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : R. c. PENUNSI

2019 CSC 39

N° du greffe : 38004.

2019 : 21 février; 2019 : 5 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et
Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-
NEUVE-ET-LABRADOR

Droit criminel — Engagements de ne pas troubler l'ordre public — Application des dispositions relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire — Dépôt d'une dénonciation contre le défendeur en vertu des dispositions du Code criminel relatives aux engagements de ne pas troubler l'ordre public sur le fondement de motifs raisonnables de craindre que ce dernier inflige des sévices graves à autrui — Demande du ministère public visant à justifier que le défendeur devait être détenu ou contraint de respecter certaines conditions en attendant la tenue de l'audience relative à la dénonciation refusée par un juge de la cour provinciale — Un juge peut-il contraindre le défendeur à une dénonciation à comparaître? — Les dispositions du Code criminel relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquent-elles aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 810.2.

P était sur le point de finir de purger sa peine d'emprisonnement lorsqu'un agent de la GRC a déposé contre lui une dénonciation en vertu de l'art. 810.2 du *Code*

swore that there were reasonable grounds to fear P would commit a serious personal injury offence upon his release. Days before the end of his prison sentence, P was brought to court to respond to the Information, at which time a date was set for the hearing to determine whether the fear sworn to in the Information was reasonably held. However, the hearing was scheduled to take place after P's release from prison. Wishing to avoid P's unconditional release in the interim period, the Crown sought to show cause why P ought to be detained or required to abide by certain conditions pending the hearing. In denying the Crown's request, the provincial court judge held that he did not have jurisdiction to subject P to a show cause hearing, concluding that the judicial interim release ("JIR") provisions of the *Criminal Code* do not apply to peace bond proceedings.

The Crown sought judicial review of the provincial court judge's decision. Prior to the application being heard, P voluntarily entered a recognizance with conditions at his peace bond merits hearing. Though the issue was moot, the Supreme Court of Newfoundland and Labrador granted declaratory relief accepting that a judge can compel a defendant's initial appearance by issuing a warrant of arrest and thus, that the JIR provisions must apply to provide a procedure by which the defendant could subsequently be released. The Newfoundland and Labrador Court of Appeal allowed P's appeal and restored the provincial court judge's ruling.

Held: The appeal should be allowed and the order of the Court of Appeal quashed.

The arrest and JIR provisions of the *Criminal Code* apply, with necessary modifications, to peace bond proceedings under s. 810.2 of the *Criminal Code* and to all other peace bond proceedings. The appearance of a defendant to a peace bond Information may be compelled by a summons or a warrant of arrest. A judge or justice of the peace also has jurisdiction to subject a person to a show cause hearing when he or she has been arrested in relation to a peace bond Information and brought before the court.

criminel. L'agent a déclaré sous serment qu'il avait des motifs raisonnables de craindre que P inflige des sévices graves à autrui à sa sortie de prison. Quelques jours avant la fin de sa peine d'emprisonnement, P a été conduit devant le tribunal pour répondre à la dénonciation. Une date d'audience a alors été fixée en vue de décider si la crainte attestée dans la dénonciation était raisonnablement fondée. L'audience ne devait toutefois avoir lieu qu'après la sortie de prison de P. Souhaitant éviter la libération inconditionnelle de P dans l'intervalle, le ministère public a tenté de justifier que P devait être détenu ou contraint de respecter certaines conditions en attendant la tenue de l'audience. Pour justifier son refus de la demande du ministère public, le juge de la cour provinciale a expliqué qu'il n'avait pas compétence pour assujettir P à une audience de justification, au motif que les dispositions du *Code criminel* relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne s'appliquaient pas aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public.

Le ministère public a demandé le contrôle judiciaire de la décision du juge de la cour provinciale. Avant que la demande ne soit entendue, P a contracté de son plein gré un engagement assorti de conditions lors de l'audience sur le fond portant sur son engagement de ne pas troubler l'ordre public. Même si la question était théorique, la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rendu un jugement déclaratoire, dans lequel elle admettait qu'un juge pouvait, au moyen d'un mandat d'arrestation, exiger la comparution initiale du défendeur et que, par conséquent, les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire devaient s'appliquer de manière à prévoir une procédure permettant de libérer par la suite le défendeur. La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a accueilli l'appel de P et rétabli la décision du juge de la cour provinciale.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée.

Les dispositions du *Code criminel* relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public prévues à l'art. 810.2 du *Code criminel* ainsi qu'à toutes les autres procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public. Le défendeur nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public peut être contraint à comparaître devant le tribunal au moyen d'une sommation ou d'un mandat d'arrestation. Le juge ou le juge de paix a également compétence pour assujettir une personne à une audience de justification lorsqu'elle a été arrêtée relativement à une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public et qu'elle a été conduite devant le tribunal.

Section 810.2(2) states that a provincial court judge who receives information under s. 810.2(1) “may cause the parties to appear before a provincial court judge”. However, there is no internal mechanism provided by Parliament within s. 810.2 by which a judge could compel the appearance of either party. Rather, the procedures for compelling attendance are found in Part XVI of the *Criminal Code* (“Compelling Appearance of Accused Before a Justice and Interim Release”). Instead of reproducing those procedures in the peace bond provisions, Parliament has chosen to apply the relevant Part XVI provisions to the peace bond scheme via a series of incorporating provisions. First, each peace bond provision (except for s. 810.02) expressly incorporates s. 810(5). Then, s. 810(5) incorporates all provisions of Part XXVII (“Summary Convictions”), including s. 795, into peace bond proceedings. Section 795, in turn, incorporates provisions of Part XVI into Part XXVII. Therefore, ss. 810.2(8), 810(5), and 795 operate together to incorporate the provisions of Part XVI, which houses the summons, arrest, and JIR provisions, into Part XXVII, which houses the peace bond provisions.

However, s. 795 does not import Part XVI wholesale into Part XXVII, but rather, its wording limits its application: the provisions of Part XVI apply “in so far as they are not inconsistent with” Part XXVII, and “with any necessary modifications”. Accordingly, whether Part XVI applies to peace bond proceedings depends on the proper interpretation of the statutory language in s. 795. When that language is properly interpreted, it is clear that Parliament intended the arrest and JIR provisions under Part XVI to apply to peace bond proceedings. The provisions of Part XVI, with respect to compelling appearance, are not inconsistent with the peace bond provisions. To the contrary, they are necessary for the proper functioning of the scheme. Parliament would not have sought to create a scheme where a judge may hold a hearing to determine whether to order a defendant to enter into a recognizance to keep the peace, but make no provision whereby a judge can ensure the defendant attends the hearing. The application of the JIR provisions flows from the power of arrest under s. 507 of the *Criminal Code*. Where a defendant is arrested and detained, it follows that the judicial interim

Le paragraphe 810.2(2) porte que le juge d’une cour provinciale qui reçoit une dénonciation en vertu du par. 810.2(1) « peut faire comparaître les parties devant un juge de la cour provinciale ». Toutefois, le législateur n’a prévu à l’art. 810.2 aucun mécanisme interne permettant au juge d’obliger l’une ou l’autre partie à comparaître. Les moyens de contraindre quelqu’un à comparaître figurent plutôt à la partie XVI du *Code criminel* (« Mesures concernant la comparution d’un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire »). Au lieu de reproduire ces procédures dans les dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public, le législateur a choisi d’appliquer au régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public les dispositions pertinentes de la partie XVI en recourant à une série de dispositions d’incorporation par renvoi. D’abord, le par. 810(5) est explicitement incorporé par renvoi à chacune des dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public, à l’exception de l’art. 810.02. Ensuite, le par. 810(5) incorpore toutes les dispositions de la partie XXVII (« Déclarations de culpabilité par procédure sommaire »), y compris l’art. 795, aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. L’article 795, à son tour, incorpore des dispositions de la partie XVI à la partie XXVII. Ainsi, les par. 810.2(8) et 810(5) et l’art. 795 ont ensemble pour effet d’incorporer les dispositions de la partie XVI (où figurent les dispositions relatives aux sommations, à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire) à la partie XXVII, qui renferme les dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public.

Cependant, l’art. 795 n’intègre pas intégralement la partie XVI à la partie XXVII, mais en limite plutôt le champ d’application de par son libellé : les dispositions de la partie XVI s’appliquent « dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles » avec la partie XXVII et « avec les adaptations nécessaires ». Par conséquent, la réponse à la question de savoir si la partie XVI s’applique aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public dépend de l’interprétation qu’il convient de donner au libellé de l’art. 795. Or, il ressort clairement de ce libellé correctement interprété que le législateur voulait que les dispositions de la partie XVI relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’appliquent aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Les dispositions de la partie XVI concernant les moyens de contraindre un prévenu à comparaître ne sont pas incompatibles avec les dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Au contraire, elles sont nécessaires au bon fonctionnement du régime. Le législateur n’aurait pas cherché à créer un régime permettant au juge de tenir une audience pour établir s’il y

release scheme applies in order to release the defendant from custody. When applied with regard to the context and purpose of the peace bond scheme, the arrest and JIR provisions are a consistent and appropriate interim measure and necessary to the function and integrity of the peace bond proceedings. Furthermore, the arrest and JIR provisions apply to peace bond proceedings with simple modifications that do not amount to substantive change in the law. Accordingly, Parliament intended the arrest and JIR provisions under Part XVI to apply to peace bond proceedings.

The proper application of the arrest and JIR provisions in the context of peace bond proceedings must be guided by the policy objectives of timely and effective justice, and minimal impairment of liberty. To begin, when exercising the discretion whether to hold a hearing, the justice must consider whether the fear sworn to in the Information is reasonably held. Initiating a s. 810.2 peace bond proceeding upon a person's release from prison risks a further deprivation of liberty after the completion of a sentence already determined to be proportionate. Without further evidence that the feared conduct will occur, a fear based solely on the offence for which a defendant is serving a sentence will not be sufficient. Where the justice exercises his or her discretion to cause the parties to appear, he or she will proceed to Part XVI of the *Criminal Code* which creates a ladder of increasingly coercive measures to compel appearance of a defendant before a court. At the low end of the ladder is a summons or an appearance notice issued by a peace officer which is the default process for compelling attendance. Where a defendant appears before a justice pursuant to a summons and the hearing is adjourned, the justice has no jurisdiction to impose interim conditions pending the merits hearing. If new information comes to light after the issuance of a summons, including at the initial hearing, which information raises concerns

a lieu d'ordonner à un défendeur de contracter un engagement de ne pas troubler l'ordre public sans prévoir par ailleurs une disposition permettant au juge d'assurer également la présence du défendeur à l'audience. L'application des dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire découle du pouvoir d'arrestation prévu à l'art. 507 du *Code criminel*. Dès lors qu'un défendeur est arrêté et détenu, il s'ensuit que le régime de mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'applique pour permettre sa mise en liberté. Lorsqu'elles sont appliquées en tenant compte du contexte et de l'objet du régime des engagements de ne pas troubler l'ordre public, les dispositions relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire constituent une mesure provisoire cohérente et appropriée, nécessaire au bon fonctionnement et à l'intégrité des procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public. De plus, les dispositions relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquent aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public au moyen de simples modifications qui n'emportent pas de changements de fond quant au droit. Par conséquent, le législateur voulait que les dispositions de la partie XVI relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquent aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public.

L'application judicieuse des dispositions relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire dans le contexte des procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public doit être guidée par les objectifs de principe que constituent une justice rapide et efficace et une atteinte minimale à la liberté. En premier lieu, lorsqu'il exerce son pouvoir discrétionnaire afin de décider de l'opportunité de tenir ou non une audience, le juge doit se demander si la crainte attestée dans la dénonciation est raisonnablement fondée. Entreprendre une procédure d'engagement de ne pas troubler l'ordre public en vertu de l'art. 810.2 dès qu'une personne est libérée de prison risque d'entraîner une privation de liberté qui s'ajouterait au fait d'avoir purgé une peine déjà considérée comme proportionnée. Si aucune autre preuve ne permet de conclure que la crainte se concrétisera, une crainte fondée uniquement sur l'infraction pour laquelle le défendeur purge sa peine ne sera pas suffisante. Après avoir exercé son pouvoir discrétionnaire pour faire comparaître les parties, le juge de paix passe à la partie XVI du *Code criminel*, qui crée une échelle de mesures de plus en plus coercitives pour contraindre un défendeur à comparaître devant le tribunal. À l'échelon le plus bas, on trouve une sommation ou une citation à comparaître délivrée par un agent de la paix, qui est la procédure par défaut pour

regarding the risk the defendant poses to the public or the likelihood of his or her attendance at the proceeding, an arrest warrant may be sought at that time.

Higher up the ladder is arrest, and release by an officer in charge on an undertaking or recognizance. Where an Information is laid before a justice and he or she finds that there are “reasonable grounds to believe that it is necessary in the public interest”, he or she may issue a warrant for the defendant’s arrest. This phrase must be interpreted in light of the context (where the subject is not suspected of having committed a criminal offence) and the purpose (to bring the subject forward to a hearing) of the provision operating within the peace bond scheme. Accordingly, it will only be necessary in the public interest to issue an arrest warrant where a case has been made out that the defendant will not otherwise attend court or that the defendant poses an imminent risk to the public. While placing a person under arrest inherently infringes his or her liberty, the infringement should be minimized to the extent possible.

Higher still up the ladder is detention and judicial interim release. In the rare case where a peace bond defendant is arrested and held over for bail, the JIR provisions under s. 515 provide the mechanism to release the defendant from custody. These provisions must be applied with due regard to ensuring the attendance of the accused at the peace bond hearing, and the ultimate goal of the peace bond scheme: to place the defendant under recognizance where an informant has a reasonably held fear that the defendant will commit certain harms. It would be inconsistent with the peace bond provisions to impose conditions aimed at protecting against a risk to the public that surpass the conditions that could be placed on a defendant at the conclusion of a hearing on the merits of the peace bond application. The default is release on the giving of an undertaking without conditions, unless the prosecutor (or the informant) can show cause why an order for more stringent release conditions should be made. For a condition to be reasonable, it must have a nexus with either ensuring the defendant’s attendance in court, or with the feared conduct sworn to in the Information. Under most

contraindre une personne à comparaître. Lorsqu’un défendeur comparaît devant le juge de paix conformément à une sommation et que l’audience est reportée, le juge de paix n’a pas compétence pour imposer des conditions provisoires en attendant l’audience sur le fond. Si l’on découvre des faits nouveaux après que la sommation a été décernée, notamment au cours de l’audience initiale, et que ces faits soulèvent des préoccupations au sujet du risque que le défendeur présente pour le public ou des doutes quant à sa présence à l’audience, un mandat d’arrestation peut alors être demandé.

À l’échelon suivant se trouvent l’arrestation et la mise en liberté par un fonctionnaire responsable sur promesse de comparaître ou engagement. Le juge de paix saisi d’une dénonciation peut décerner un mandat pour l’arrestation du défendeur s’il estime qu’il existe « des motifs raisonnables de croire qu’il est nécessaire, dans l’intérêt public », de le faire. Cette expression doit être interprétée à la lumière du contexte (où l’intéressé n’est pas soupçonné d’avoir commis une infraction criminelle) et de l’objet (faire comparaître l’intéressé à une audience) de la disposition applicable dans le cadre du régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public. Par conséquent, il ne sera nécessaire, dans l’intérêt public, de décerner un mandat d’arrestation que dans les cas où il a été établi que le défendeur ne comparaitra pas devant le tribunal si cette mesure n’est pas prise ou qu’il présente un risque imminent pour le public. Bien que l’arrestation d’une personne porte foncièrement atteinte à sa liberté, cette atteinte devrait être minimisée le plus possible.

À l’échelon supérieur de gradation se trouvent la détention et la mise en liberté provisoire par voie judiciaire. Dans les rares cas où un défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public est arrêté et détenu en vue d’une enquête sur sa mise en liberté sous caution, les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire visées à l’art. 515 mettent en place le mécanisme permettant de libérer le défendeur. Lorsqu’on applique ces dispositions, on doit tenir dûment compte de la nécessité d’assurer la présence du prévenu à l’audience relative à la demande d’engagement de ne pas troubler l’ordre public, tout en veillant au respect du but ultime du régime qui s’applique à celui-ci : assujettir le défendeur à un engagement lorsque le dénonciateur a une crainte raisonnablement fondée que le défendeur cause certains préjudices. Le fait d’imposer à un défendeur, afin de protéger le public contre un risque donné, des conditions plus restrictives que celles qui pourraient lui être imposées à l’issue de l’audition au fond de la demande d’engagement de ne pas troubler l’ordre public irait à l’encontre des dispositions relatives à ce régime. La

circumstances, the final rung of the ladder would be a recognizance without sureties with reasonable conditions in the circumstances. The circumstances where detention is justified in the peace bond context must also mirror the possible outcomes provided for in the peace bond provisions. A judge has authority to order detention following a peace bond hearing only where the defendant fails or refuses to enter into a recognizance to keep the peace and be of good behaviour. Accordingly, the rare case where detention may be justified will likely only arise where a defendant refuses to sign a recognizance and therefore refuses to be bound by conditions related to ensuring attendance at the peace bond hearing, and/or to addressing in the interim the fear sworn to in the Information.

solution par défaut consiste à accorder la mise en liberté sur remise d'une promesse sans condition, à moins que le poursuivant (ou le dénonciateur) ne puisse justifier qu'une ordonnance assortie de conditions plus sévères devrait être rendue. Pour qu'une condition soit considérée comme raisonnable, il faut qu'il existe un lien entre la condition en question et le fait d'assurer la présence du défendeur devant le tribunal ou la conduite redoutée attestée dans la dénonciation. Dans la plupart des cas, le dernier échelon de gradation serait un engagement sans caution assorti de conditions raisonnables dans les circonstances. Les circonstances dans lesquelles la détention est justifiée dans le contexte de l'engagement de ne pas troubler l'ordre public doivent par ailleurs refléter les diverses issues envisagées par les dispositions relatives à ces engagements. Le juge ne peut ordonner la détention au terme de l'audience portant sur la demande d'engagement de ne pas troubler l'ordre public que lorsque le défendeur omet ou refuse de contracter l'engagement de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite. En conséquence, les rares cas où la détention pourrait être justifiée ne se produisent vraisemblablement que lorsque le défendeur refuse de signer l'engagement et, par le fait même, d'être lié par des conditions ayant trait à la nécessité d'assurer sa présence à l'audience portant sur la demande d'engagement de ne pas troubler l'ordre public, ou de dissiper, dans l'intervalle, la crainte attestée dans la dénonciation.

Cases Cited

Overruled: *MacAusland v. Pyke* (1995), 139 N.S.R. (2d) 142; **approved:** *R. v. Budreo* (1996), 27 O.R. (3d) 347, aff'd (2000), 46 O.R. (3d) 481, leave to appeal dismissed, [2001] 1 S.C.R. vii; *R. v. Cachine*, 2001 BCCA 295, 154 C.C.C. (3d) 376; *R. v. Allen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 155; *R. v. Wakelin* (1991), 71 C.C.C. (3d) 115; *R. v. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389; **referred to:** *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105; *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250; *R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Mackenzie v. Martin*, [1954] S.C.R. 361; *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871; *R. v. Woking Justices, Ex p. Gossage*, [1973] 2 All ER 621; *R. v. Forrest* (1983), 8 C.C.C. (3d) 444; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*,

Jurisprudence

Arrêt rejeté : *MacAusland c. Pyke* (1995), 139 N.S.R. (2d) 142; **arrêts approuvés :** *R. c. Budreo* (1996), 27 O.R. (3d) 347, conf. par (2000), 46 O.R. (3d) 481, demande d'autorisation d'appel rejetée, [2001] 1 R.C.S. vii; *R. c. Cachine*, 2001 BCCA 295, 154 C.C.C. (3d) 376; *R. c. Allen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 155; *R. c. Wakelin* (1991), 71 C.C.C. (3d) 115; *R. c. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389; **arrêts mentionnés :** *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105; *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250; *R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385; *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Mackenzie c. Martin*, [1954] R.C.S. 361; *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871; *R. c. Woking Justices, Ex p. Gossage*, [1973] 2 All ER 621; *R. c. Forrest* (1983), 8 C.C.C. (3d) 444; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*,

2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Parrill v. Genge* (1997), 148 Nfld. & P.E.I.R. 91; *Bessette v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 SCC 31, [2019] 2 S.C.R. 535; 2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *R. v. Gill*, [1991] B.C.J. No. 3255 (QL); *R. v. Schafer*, 2018 YKTC 12; *R. v. Antic*, 2017 SCC 27, [2017] 1 S.C.R. 509; *R. v. Goikhberg*, 2014 QCCS 3891; *R. v. Hebert* (1984), 54 N.B.R. (2d) 251; *R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309; *R. v. Hall* (1996), 138 Nfld. & P.E.I.R. 80; *R. v. Walsh*, 2015 ABCA 385; *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-55, *An Act to amend the Criminal Code (high risk offenders), the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Department of the Solicitor General Act*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996-1997.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 83.29(4), 83.3, Part XVI, 493, Form 9, 499, 503, 504, 507, 507.1, 515, Part XVIII, 715.37(4), Part XXVII, 788, 795, 810, 810.01, 810.011, 810.02, 810.1, 810.2, 811.
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 717.
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 959(2).
Justices of the Peace Act 1361 (Eng.), 34 Edw. 3, c. 1.

Authors Cited

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Evidence*, No. 88, 2nd Sess., 35th Parl., December 3, 1996, at p. 88:4.
 Canada. Public Prosecution Service. *Public Prosecution Service of Canada Deskbook*, Part III, c. 19, “Bail Conditions to Address Opioid Overdoses” (updated April 1, 2019) (online: <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/eng/pub/fpsd-sfpg/fps-sfp/tpd/d-g-eng.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC39_1_eng.pdf).
 Canadian Civil Liberties Association and Education Trust. *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (online: https://ccla.org/dev/v5/_doc/CCLA_set_up_to_fail.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC39_2_eng.pdf).
 Chewter, Cynthia L. “Violence Against Women and Children: Some Legal Issues” (2003), 20 *Can. J. Fam. L.* 99.

[1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Parrill v. Genge* (1997), 148 Nfld. & P.E.I.R. 91; *Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2019 CSC 31, [2019] 2 R.C.S. 535; 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *R. c. Gill*, [1991] B.C.J. No. 3255 (QL); *R. c. Schafer*, 2018 YKTC 12; *R. c. Antic*, 2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509; *R. c. Goikhberg*, 2014 QCCS 3891; *R. c. Hebert* (1984), 54 R.N.-B. (2e) 251; *R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309; *R. c. Hall* (1996), 138 Nfld. & P.E.I.R. 80; *R. c. Walsh*, 2015 ABCA 385; *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 83.29(4), 83.3, partie XVI, 493, formule 9, 499, 503, 504, 507, 507.1, 515, partie XVIII, 715.37(4), partie XXVII, 788, 795, 810, 810.01, 810.011, 810.02, 810.1, 810.2, 811.
Code criminel, S.C. 1953-54, c. 51, art. 717.
Code criminel, 1892, S.C. 1892, c. 29, art. 959(2).
Justices of the Peace Act 1361 (Angl.), 1361, 34 Edw. 3, c. 1.
 Projet de loi C-55, *Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, 2^e sess., 35^e lég., 1996-1997.

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et questions juridiques, *Témoignages*, n° 88, 2^e sess., 35^e lég., 3 décembre 1996, p. 88:4.
 Canada. Service des poursuites pénales. *Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, partie III, c. 19, « Conditions de libération provisoire visant les surdoses d’opioïdes » (mis à jour 1^{er} avril 2019) (en ligne : <https://www.ppsc-sppc.gc.ca/fra/pub/sfpg-fpsd/sfp-fps/tpd/d-g-fra.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC39_1_fra.pdf).
 Canadian Civil Liberties Association and Education Trust. *Set Up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by Abby Deshman and Nicole Myers, 2014 (en ligne : https://ccla.org/dev/v5/_doc/CCLA_set_up_to_fail.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC39_2_eng.pdf)

Gauthier, Sonia. “L’engagement de ne pas troubler l’ordre public dans les causes de violence conjugale ayant fait l’objet d’un abandon des poursuites judiciaires criminelles (art. 810 C.C.R.)” (2011), 23 *C.J.W.L.* 548.

Neumann, Peter M. “Peace Bonds: Preventive Justice? Or Preventing Justice?” (1994), 3 *Dal. J. Leg. Stud.* 171.

Orr, David. “Section 810 Peace Bond Applications in Newfoundland” (2002), 46 *Crim. L.Q.* 391.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Tutty, Leslie M. and Jennifer Koshan. “Calgary’s Specialized Domestic Violence Court: An Evaluation of a Unique Model” (2013), 50 *Alta. L. Rev.* 731.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green, White and Hoegg J.J.A.), 2018 NCLA 4, 357 C.C.C. (3d) 539, [2018] N.J. No. 13 (QL), 2018 CarswellNfld 12 (WL Can.), setting aside a decision of Goodridge J., 2015 NLTD(G) 141, 373 Nfld. & P.E.I.R. 170, [2015] N.J. No. 337 (QL), 2015 CarswellNfld 385 (WL Can.). Appeal allowed.

Lisa M. Stead, for the appellant.

Jessica Tellez, for the respondent.

David W. Scherbrucker and *Elaine Reid*, for the intervener the Director of Public Prosecutions.

Written submissions only by *Gregory J. Tweney* and *Stacey D. Young*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Vincent Larochelle and *Greg Johannson*, for the intervener the Yukon Legal Services Society.

Scott Bergman, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Sean A. Moreman and *Farid Muttalib*, for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation.

Ryan D.W. Dalziel and *Joseph J. Saulnier*, for the intervener the Canadian Association for Progress in Justice.

Chewter, Cynthia L. « Violence Against Women and Children : Some Legal Issues » (2003), 20 *Rev. can. d. fam.* 99.

Gauthier, Sonia. « L’engagement de ne pas troubler l’ordre public dans les causes de violence conjugale ayant fait l’objet d’un abandon des poursuites judiciaires criminelles (art. 810 C.C.R.) » (2011), 23 *R.F.D.* 548.

Neumann, Peter M. « Peace Bonds : Preventive Justice? Or Preventing Justice? » (1994), 3 *Dal. J. Leg. Stud.* 171.

Orr, David. « Section 810 Peace Bond Applications in Newfoundland » (2002), 46 *Crim. L.Q.* 391.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.

Tutty, Leslie M. and Jennifer Koshan. « Calgary’s Specialized Domestic Violence Court : An Evaluation of a Unique Model » (2013), 50 *Alta. L. Rev.* 731.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (les juges Green, White et Hoegg), 2018 NCLA 4, 357 C.C.C. (3d) 539, [2018] N.J. No. 13 (QL), 2018 CarswellNfld 12 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Goodridge, 2015 NLTD(G) 141, 373 Nfld. & P.E.I.R. 170, [2015] N.J. No. 337 (QL), 2015 CarswellNfld 385 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Lisa M. Stead, pour l’appelante.

Jessica Tellez, pour l’intimé.

David W. Scherbrucker et *Elaine Reid*, pour l’intervenante la directrice des poursuites pénales.

Argumentation écrite seulement par *Gregory J. Tweney* et *Stacey D. Young*, pour l’intervenante la procureure générale de l’Ontario.

Vincent Larochelle et *Greg Johannson*, pour l’intervenante la Société d’aide juridique du Yukon.

Scott Bergman, pour l’intervenante l’Association canadienne des libertés civiles.

Sean A. Moreman et *Farid Muttalib*, pour l’intervenante la Société Radio-Canada.

Ryan D.W. Dalziel et *Joseph J. Saulnier*, pour l’intervenante Canadian Association for Progress in Justice.

The judgment of the Court was delivered by

ROWE J. —

I. Background

[1] This appeal raises the question of whether the judicial interim release (“JIR”) provisions — and by necessary implication, the power of arrest — under Part XVI of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, apply to provisions under the heading “Sureties to Keep the Peace” in Part XXVII of the *Criminal Code* (“peace bond provisions”). The JIR provisions (commonly referred to as the bail provisions) require a judge to release an accused person pending trial without conditions unless the Crown can demonstrate why some more restrictive measure is necessary (for example, an order to abide by interim conditions, or pre-trial custody). A peace bond is an order from a judge to keep the peace, be of good behaviour and abide by certain conditions. A peace bond may be ordered where the judge is satisfied on the evidence that an informant has reasonable grounds to fear that the defendant will cause harm to another person. Peace bonds are not “offences” under the *Criminal Code*. For the reasons that follow, I conclude that the arrest and JIR provisions apply, with necessary modifications, to peace bond proceedings. The peace bond provision at issue in this appeal is s. 810.2. However, except where otherwise specified, the following applies to all peace bond provisions.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ROWE —

I. Contexte

[1] Le présent pourvoi soulève la question de savoir si les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire — et, par déduction nécessaire, le pouvoir d’arrestation —, édictées à la partie XVI du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, s’appliquent aux dispositions figurant sous l’intertitre « Engagement de ne pas troubler l’ordre public », à la partie XXVII du *Code criminel* (« dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public »). Les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire (communément appelées dispositions relatives à la mise en liberté sous caution) obligent le juge à mettre le prévenu en liberté sans condition en attendant son procès, sauf si le ministère public réussit à démontrer en quoi une mesure plus restrictive est nécessaire (par exemple, une ordonnance enjoignant au prévenu de respecter certaines conditions provisoires ou une détention avant le procès). Un engagement de ne pas troubler l’ordre public est une ordonnance par laquelle un juge enjoint à un individu de ne pas troubler l’ordre public, d’avoir une bonne conduite et de respecter certaines conditions. Le juge peut ordonner à un individu de contracter tel engagement s’il est convaincu, d’après la preuve, que le dénonciateur a des motifs raisonnables de craindre que le défendeur ne cause un préjudice à autrui. L’engagement de ne pas troubler l’ordre public n’est pas une « infraction » pour l’application du *Code criminel*. Pour les motifs qui suivent, j’arrive à la conclusion que les dispositions relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. La disposition relative à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public en cause dans le présent pourvoi est l’art. 810.2. Toutefois, sauf indication contraire, les présents motifs s’appliquent à toutes les dispositions relatives aux engagements de ne pas troubler l’ordre public.

[2] Mr. Penunsi was nearing the end of a prison sentence when a peace bond Information under s. 810.2 of the *Criminal Code* was laid against him by a Royal Canadian Mounted Police (“RCMP”) officer. In the Information, the officer swore that there were reasonable grounds to fear Mr. Penunsi would commit a serious personal injury offence upon his release. The sentence Mr. Penunsi was serving at the time was for breach of a prior s. 810.2 peace bond. A judge issued a warrant for Mr. Penunsi’s arrest. However, the warrant was never executed, as Mr. Penunsi was already in custody.

II. Judicial History

[3] Days before the end of his prison sentence, Mr. Penunsi was escorted by the RCMP to court to respond to the Information, at which time a date was set for the hearing to determine whether the fear sworn to in the Information was reasonably held. However, the hearing was scheduled to take place after Mr. Penunsi’s release from prison. Wishing to avoid Mr. Penunsi’s unconditional release in the interim period, the Crown sought to show cause why Mr. Penunsi ought to be detained or required to abide by certain conditions pending the hearing. In denying the Crown’s request, the provincial court judge held that he did not have jurisdiction to subject Mr. Penunsi to a show cause hearing, concluding that the JIR provisions do not apply to peace bond proceedings. He added that even if he did have jurisdiction, he would decline to exercise it.

[4] The Crown sought judicial review of the provincial court judge’s decision, requesting *certiorari* and a declaration that the JIR provisions are applicable to proceedings under s. 810.2, and that the judge was under a statutory duty to conduct a show cause hearing at the request of the Crown. Prior to the *certiorari* application being heard, Mr. Penunsi

[2] Monsieur Penunsi était sur le point de finir de purger sa peine d’emprisonnement lorsqu’un agent de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») a déposé contre lui une dénonciation, en vertu de l’art. 810.2 du *Code criminel*, en vue d’obtenir qu’il contracte un engagement de ne pas troubler l’ordre public. Dans sa dénonciation, l’agent déclarait sous serment qu’il avait des motifs raisonnables de craindre que M. Penunsi inflige des sévices graves à autrui à sa sortie de prison. La peine que M. Penunsi purgeait alors concernait le non-respect d’un engagement de ne pas troubler l’ordre public qu’il avait antérieurement contracté conformément à l’art. 810.2. Un juge a décerné un mandat pour l’arrestation de M. Penunsi, mais ce mandat n’a jamais été exécuté, puisque M. Penunsi était déjà en détention.

II. Historique judiciaire

[3] Quelques jours avant la fin de sa peine d’emprisonnement, M. Penunsi a été escorté par la GRC jusqu’au tribunal pour répondre à la dénonciation. Une date d’audience a alors été fixée en vue de décider si la crainte attestée dans la dénonciation était raisonnablement fondée. L’audience ne devait toutefois avoir lieu qu’après la sortie de prison de M. Penunsi. Souhaitant éviter la libération inconditionnelle de M. Penunsi dans l’intervalle, le ministère public a tenté de justifier que M. Penunsi devait être détenu ou contraint de respecter certaines conditions en attendant la tenue de l’audience. Pour justifier son refus de la demande du ministère public, le juge de la cour provinciale a expliqué qu’il n’avait pas compétence pour assujettir M. Penunsi à une audience de justification, au motif que les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne s’appliquaient pas aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Le juge a ajouté que, même s’il avait compétence, il refuserait de l’exercer.

[4] Le ministère public a demandé le contrôle judiciaire de la décision du juge de la cour provinciale, en réclamant un bref de *certiorari* et un jugement déclaratoire portant que les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’appliquaient aux procédures prévues à l’art. 810.2 et que le juge avait l’obligation légale de tenir une

voluntarily entered a recognizance with conditions at his peace bond merits hearing.

[5] Though the issue was moot, the Supreme Court of Newfoundland and Labrador granted declaratory relief (2015 NLTD(G) 141, 373 Nfld. & P.E.I.R. 170). The court accepted that a judge can compel a defendant's initial appearance respecting a s. 810.2 Information by issuing a warrant of arrest. Consequently, the JIR provisions must apply to provide a procedure by which the defendant could subsequently be released. Mr. Penunsi appealed.

[6] The Newfoundland and Labrador Court of Appeal restored the provincial court judge's ruling. The court found that the provisions in Part XVI of the *Criminal Code* ("Compelling Appearance of Accused Before a Justice and Interim Release") were inconsistent with the peace bond scheme and thus did not apply to it. The court held that it would be inconsistent to detain an individual in respect of a proceeding in which incarceration was not available as a sanction. It held that the modifications to the statutory language required to enable a judge to subject a defendant named in a peace bond Information to a show cause hearing would be "of such a nature and character as to effectively alter the law respecting the power of arrest" (2018 NLCA 4, 357 C.C.C. (3d) 539, at para. 78).

III. Parties' Submissions

[7] Both parties urge upon this Court to decide the issue despite the fact that it is moot.

[8] The appellant Crown submits that the Newfoundland and Labrador Court of Appeal erred in

audience de justification à la demande du ministère public. Avant que la demande de bref de *certiorari* ne soit entendue, M. Penunsi a contracté de son plein gré un engagement assorti de conditions lors de l'audience sur le fond portant sur son engagement de ne pas troubler l'ordre public.

[5] Même si la question était théorique, la Cour suprême de Terre-Neuve-et-Labrador a rendu un jugement déclaratoire (2015 NLTD(G) 141, 373 Nfld. & P.E.I.R. 170). La cour a admis qu'un juge pouvait, au moyen d'un mandat d'arrestation, exiger la comparution initiale du défendeur pour répondre à une dénonciation faite en vertu de l'art. 810.2. Par conséquent, les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire devaient s'appliquer de manière à prévoir une procédure permettant de libérer par la suite le défendeur. Monsieur Penunsi a interjeté appel.

[6] La Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a rétabli la décision du juge de la cour provinciale. La cour a conclu que les dispositions de la partie XVI du *Code criminel* (« Mesures concernant la comparution d'un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire ») étaient incompatibles avec le régime des engagements de ne pas troubler l'ordre public et ne s'y appliquaient donc pas. La cour a estimé qu'il serait illogique de détenir un individu dans le cadre d'une instance qui ne permettrait pas d'infliger une peine d'incarcération. Elle a jugé que les modifications qu'il faudrait apporter au libellé de la loi pour permettre au juge de soumettre le défendeur nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public à une audience de justification [TRADUCTION] « seraient telles — par leur nature et leur caractère — qu'elles auraient pour effet de modifier les règles de droit concernant le pouvoir d'arrestation » (2018 NLCA 4, 357 C.C.C. (3d) 539, par. 78).

III. Prétentions des parties

[7] Les deux parties exhortent la Cour à trancher la question malgré son caractère théorique.

[8] Le ministère public appelant affirme que la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador a commis une

finding that Part XVI of the *Criminal Code* does not apply to peace bond proceedings. In its view, s. 810.2(2) states that a judge may “cause the parties to appear” to answer to a sworn peace bond Information, and thus authorizes a judge to use the procedures set out in Part XVI to bring the necessary people to court for the hearing, either pursuant to a summons or an arrest warrant. No major modifications are required to the statutory language in order to apply the relevant provisions under Part XVI to the peace bond provisions. The Crown points to a number of appellate decisions that support its position. It asks this Court to follow the weight of judicial authority and answer the question of whether the arrest and JIR provisions apply to peace bond proceedings in the affirmative.

[9] The respondent, Mr. Penunsi, relies on a textual analysis of the statutory language. He argues that the arrest and JIR provisions of the *Criminal Code* permit the exercise of those powers only against an “accused” as that term is defined in s. 493 (in Part XVI). The definition of “accused” in s. 493 includes (a) a person to whom a peace officer has issued an appearance notice (in lieu of arrest); and (b) a person arrested for a criminal offence. In his submission, “accused” cannot include a defendant to a peace bond proceeding, because a defendant to a peace bond proceeding is not charged with committing a criminal offence. In the respondent’s view, the modifications necessary for the JIR provisions to operate within the peace bond scheme extend beyond *mutatis mutandis*. The respondent emphasizes the holding in *MacAusland v. Pyke* (1995), 139 N.S.R. (2d) 142 (S.C.), that applying the JIR provisions to peace bond proceedings would potentially subject a defendant to a greater infringement of liberty in the interim than would be possible following a hearing of the peace bond application on the merits (para. 31). This outcome, as put by the Court of Appeal and echoed by the respondent, would be

erreur en concluant que la partie XVI du *Code criminel* ne s’appliquait pas aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. À son avis, le par. 810.2(2) prévoit qu’un juge peut « faire comparaître les parties » pour qu’elles répondent à une dénonciation faite sous serment en vue d’obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public et que ce paragraphe autorise donc le juge à recourir à la procédure prévue à la partie XVI pour amener devant le tribunal les personnes nécessaires pour la tenue de l’audience au moyen d’une sommation ou d’un mandat d’arrestation. Il n’est pas nécessaire d’apporter des modifications majeures au libellé de la loi pour appliquer les dispositions pertinentes de la partie XVI aux dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Le ministère public cite plusieurs arrêts de juridictions d’appel à l’appui de sa thèse. Il demande à notre Cour de se rallier à la jurisprudence dominante et de répondre par l’affirmative à la question de savoir si les dispositions relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’appliquent aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public.

[9] L’intimé, M. Penunsi, s’en tient à une analyse textuelle du libellé de la loi. Il affirme que les dispositions du *Code criminel* relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire permettent l’exercice des pouvoirs en question uniquement à l’égard d’un « prévenu » au sens de l’art. 493 (à la partie XVI). L’article 493 définit notamment le « prévenu » comme a) une personne à laquelle un agent de la paix a délivré une citation à comparaître (plutôt que de l’arrêter) et b) une personne arrêtée pour infraction criminelle. Selon l’intimé, le terme « prévenu » ne saurait viser le défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public, parce qu’un tel défendeur n’est pas inculpé d’avoir commis une infraction criminelle. L’intimé fait valoir que les modifications nécessaires pour que les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’appliquent au régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public ne se résument pas à une application *mutatis mutandis*. Il invoque à ce propos le jugement *MacAusland c. Pyke* (1995), 139 N.S.R. (2d) 142 (C.S.), dans lequel le tribunal a statué que l’application des dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie

“illogical and absurd” (para. 58, cited in R.F., at para. 77).

IV. Analysis

A. *Mootness*

[10] “The doctrine of mootness reflects the principle that courts will only hear cases that will have the effect of resolving a live controversy which will or may actually affect the rights of the parties to the litigation except when the courts decide, in the exercise of their discretion, that it is nevertheless in the interest of justice that the appeal be heard” (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 17). The expenditure of judicial resources on a moot point is warranted in cases that raise important issues but are evasive of review (see, e.g., *Doucet-Boudreau*, at para. 22; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders’ Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46).

[11] This Court has recently held in *R. v. Myers*, 2019 SCC 18, [2019] 2 S.C.R. 105, and *R. v. Oland*, 2017 SCC 17, [2017] 1 S.C.R. 250, that issues of judicial interim release can be evasive of review due to their temporary nature. Both the appellant and the respondent urge this Court to reconcile the divide in the jurisprudence on the issue central to this appeal despite the fact that the determination will have no immediate impact on Mr. Penunsi. I agree with the parties that this is an occasion where the significance of the issue and the inconsistency in the appellate jurisprudence merits the expenditure of resources

judiciaire aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public était susceptible d’exposer dans l’intervalle le défendeur à une atteinte à sa liberté plus grande que celle qu’il pourrait subir au terme de l’audience sur le fond de la demande d’engagement de ne pas troubler l’ordre public (par. 31). Comme la Cour d’appel l’a expliqué et comme le rappelle l’intimé, un tel résultat serait [TRADUCTION] « illogique et absurde » (par. 58, cité dans le m.i., par. 77).

IV. Analyse

A. *Caractère théorique*

[10] « La règle du caractère théorique procède du principe voulant que les tribunaux n’instruisent que des affaires présentant un litige actuel à résoudre, où leur décision aura ou pourra avoir des conséquences sur les droits des parties, sauf s’ils décident, dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, qu’il est néanmoins dans l’intérêt de la justice d’entendre un appel » (*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 17). L’affectation de ressources judiciaires à l’égard d’enjeux théoriques est justifiée dans les affaires qui soulèvent des questions importantes qui risquent d’échapper à l’examen judiciaire (voir, p. ex., *Doucet-Boudreau*, par. 22; *Borowski c. Canada (procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, p. 360; *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders’ Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46).

[11] La Cour a récemment statué, dans les arrêts *R. c. Myers*, 2019 CSC 18, [2019] 2 R.C.S. 105, et *R. c. Oland*, 2017 CSC 17, [2017] 1 R.C.S. 250, que les questions de mise en liberté provisoire par voie judiciaire peuvent échapper à l’examen judiciaire en raison de leur nature temporaire. L’appelant et l’intimé exhortent tous les deux la Cour à concilier les divergences de la jurisprudence sur la question au cœur du présent pourvoi malgré le fait que la décision rendue n’aura aucune incidence immédiate sur M. Penunsi. Je conviens avec les parties qu’il s’agit d’une situation où l’importance de la question

to decide the moot issue (*R. v. Smith*, 2004 SCC 14, [2004] 1 S.C.R. 385, at para. 50; *Borowski*).

B. *Peace Bonds and the Criminal Power*

[12] The peace bond is an instrument of preventive justice. The prevention of crime is a well-recognized purpose of the criminal law. As Locke J. explained in *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. The Queen*, [1956] S.C.R. 303: “The power to legislate in relation to criminal law is not restricted, in my opinion, to defining offences and providing penalties for their commission. The power of Parliament extends to legislation designed for the prevention of crime as well as to punishing crime” (p. 308; see also *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at p. 282).

[13] In *Mackenzie v. Martin*, [1954] S.C.R. 361, Kerwin J. (as he then was) wrote that a peace bond delivers preventive justice by “obliging those persons, whom there is probable ground to suspect of future misbehaviour, to stipulate with and to give full assurance to the public, that such offence as is apprehended shall not happen; by finding pledges or securities for keeping the peace, or for their good behaviour” (p. 368, citing W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (16th ed. 1825), at p. 251, cited in *R. v. Parks*, [1992] 2 S.C.R. 871, at p. 911, per Sopinka J.).

[14] *R. v. Budreo* (1996), 27 O.R. (3d) 347 (Ont. Ct. Gen. Div.) (“*Budreo S.C.*”), dealt with a constitutional challenge to the peace bond under s. 810.1 of the *Criminal Code*. Then J. referred to the preventative nature of the peace bond:

The court in considering what constitutes fundamental justice in a liberal society must refer to the history of a particular power and the policy rationale behind it. Preventive justice is the exercise of judicial power not in order to

en litige et l’incohérence constatée dans la jurisprudence des juridictions d’appel justifient l’affectation de ressources judiciaires pour trancher une question théorique (*R. c. Smith*, 2004 CSC 14, [2004] 1 R.C.S. 385, par. 50; *Borowski*).

B. *L’engagement de ne pas troubler l’ordre public et le pouvoir de légiférer en matière criminelle*

[12] L’engagement de ne pas troubler l’ordre public est un outil de justice préventive. La prévention du crime est un objectif bien connu en droit criminel. Ainsi que le juge Locke l’expliquait dans l’arrêt *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada c. The Queen*, [1956] R.C.S. 303 : [TRADUCTION] « Le pouvoir de légiférer relativement au droit criminel n’est pas restreint, à mon avis, à la définition des infractions et à l’imposition de peines en sanctionnant la contravention. Le pouvoir du Parlement s’étend aussi bien à la prévention du crime qu’à son châtement » (p. 308; voir également *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, p. 282).

[13] Dans l’arrêt *Mackenzie c. Martin*, [1954] R.C.S. 361, le juge Kerwin (plus tard juge en chef) écrivait que l’engagement de ne pas troubler l’ordre public représente une forme de justice préventive qui [TRADUCTION] « consiste à obliger ceux dont, pour des motifs vraisemblables, on suspecte une mauvaise conduite ultérieure, à contracter un engagement envers le public qu’une telle infraction, que l’on redoute, ne se produira pas, en fournissant des gages ou des cautions garantissant qu’ils ne troubleront pas l’ordre public ou qu’ils adopteront une bonne conduite » (p. 368, citant W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (16^e éd. 1825), p. 251, cité dans l’arrêt *R. c. Parks*, [1992] 2 R.C.S. 871, p. 911, le juge Sopinka).

[14] L’affaire *R. c. Budreo* (1996), 27 O.R. (3d) 347 (C. Ont. Div. gén.) (« *Budreo C.S.* ») portait sur une contestation constitutionnelle de l’engagement de ne pas troubler l’ordre public prévu à l’art. 810.1 du *Code criminel*. Le juge Then écrivait ce qui suit au sujet du caractère préventif de l’engagement de ne pas troubler l’ordre public :

[TRADUCTION] Pour tenter de définir ce en quoi consiste la notion de justice fondamentale dans une société libérale, le tribunal doit tenir compte de l’évolution du pouvoir en cause, ainsi que des considérations de principe qui

sanction past conduct but to prevent future misbehaviour and harm. The exercise of this power is justified by the risk of harm or dangerousness posed by certain individuals [pp. 368-69]

This was echoed by Laskin J.A. in his decision affirming the reasons of Then J. (*R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.) (“*Budreo C.A.*”), leave to appeal dismissed, [2001] 1 S.C.R. vii):

The criminal justice system has two broad objectives: punish wrongdoers and prevent future harm. A law aimed at the prevention of crime is just as valid an exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, as a law aimed at punishing crime. [Footnote omitted; para. 27]

[15] The modern peace bond can be traced back as early as the 1300’s, to the common law practice of “binding over”. “Binding over” described a judicial authority to make preventive orders to maintain social order despite no specific crime having been charged, aimed at preventing a wide range of undesirable activity. The earliest reference to the practice was in the *Justices of the Peace Act 1361* (Eng.), 34 Edw. 3, c.1, where the power was granted to justices to “take of people who came before them sufficient mainprise of their good behaviour towards the king and his people” (Law Commission No. 222, *Binding Over: Report on Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965* (1994), cited in D. Orr, “Section 810 Peace Bond Applications in Newfoundland” (2002), 46 *Crim. L.Q.* 391, at p. 391).

[16] In 1892, existing English law was codified in the *Criminal Code*, including the common law peace bond. Section 959(2) of the *Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, provided:

2. Upon complaint by or on behalf of any person that on account of threats made by some other person or on

le sous-tendent. La justice préventive est l’exercice du pouvoir judiciaire non pas pour sanctionner une conduite passée, mais pour prévenir des comportements répréhensibles et des préjudices à venir. L’exercice de ce pouvoir est justifié par le risque de préjudice ou par la dangerosité que posent certains individus . . . [p. 368-369]

Le juge Laskin a repris à son compte ces propos dans la décision par laquelle il a confirmé les motifs du juge Then (*R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.) (« *Budreo C.A.* »), autorisation de pourvoi refusée, [2001] 1 R.C.S. vii) :

[TRADUCTION] Le système de justice criminelle a deux grands objectifs : punir les auteurs d’actes répréhensibles et empêcher les préjudices futurs. Une loi visant la prévention du crime constitue un exercice tout aussi valable du pouvoir fédéral de légiférer en matière criminelle que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qu’une loi visant à punir le crime. [Note en bas de page omise; par. 27]

[15] L’engagement moderne de ne pas troubler l’ordre public remonte aux années 1300, à la pratique courante en common law de « l’imposition de conditions à la libération », soit le pouvoir des tribunaux de rendre des ordonnances sur une base préventive afin de maintenir l’ordre social malgré l’absence d’accusation criminelle spécifique, dans le but d’empêcher la perpétration d’un large éventail d’actes indésirables. La première mention de cette pratique remonte à la *Justices of the Peace Act 1361* (Angl.), 1361, 34 Edw. 3, c.1, qui conférait aux juges de paix le pouvoir [TRADUCTION] « d’obtenir de la part des personnes qui se présentent devant eux un engagement suffisant d’avoir une bonne conduite à l’égard du roi et de son peuple » (Law Commission No. 222, *Binding Over : Report on Reference under Section 3(1)(e) of the Law Commissions Act 1965* (1994), cité dans D. Orr, « Section 810 Peace Bond Applications in Newfoundland » (2002), 46 *Crim. L.Q.* 391, p. 391).

[16] En 1892, les règles de droit anglais en vigueur ont été codifiées dans le *Code criminel*, y compris celles relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public reconnues en common law. Le paragraphe 959(2) du *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, c. 29, disposait :

2. Sur plainte portée par toute personne ou au nom de toute personne que, par suite de menaces faites par quelque

any other account, he, the complainant, is afraid that such other person will do him, his wife or child some personal injury, or will burn or set fire to his property, the justice before whom such complaint is made, may, if he is satisfied that the complainant has reasonable grounds for his fears, require such other person to enter into his own recognizances, or to give security, to keep the peace, and to be of good behaviour, for a term not exceeding twelve months.

[17] The 1892 peace bond provision bears strong similarity to the modern day peace bond provisions, but like the common law peace bond, there was no requirement to hold a hearing. Where a justice was satisfied that the “complainant” had a reasonably founded fear, the justice could require the “other person” to enter into a recognizance to keep the peace and to be of good behaviour for a period not exceeding 12 months.

[18] Regarding the procedural requirements of common law peace bonds, Chief Justice Lamer, writing in dissent in *Parks*, cited a decision of the English Court of Appeal which noted:

That is not to say that it would not be wise, and indeed courteous in these cases for justices to give such a warning; there certainly would be absolutely no harm in a case like the present if the justices, returning to court, had announced they were going to acquit, but had immediately said “We are however contemplating a binding-over; what have you got to say?” I think it would be at least courteous and perhaps wise that that should be done, but I am unable to elevate the principle to the height at which it can be said that a failure to give such a warning is a breach of the rules of natural justice. [Emphasis in original; pp. 893-94, quoting *R. v. Woking Justices, Ex p. Gossage*, [1973] 2 All E.R. 621 (Eng. C.A.), at p. 623.]

[19] In the 1954 amendments to the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51, the phrases “cause the parties to appear”, “evidenced adduced”, and reference to the court “before which the parties appear” were

autre personne ou pour toute autre raison, le plaignant craint que cette autre personne lui fasse à lui-même, à sa femme ou à son enfant, quelque lésion personnelle, ou qu’il ne brûle sa propriété ou y mette le feu, le juge de paix devant qui cette plainte est portée peut, s’il est convaincu que la crainte du plaignant est fondée sur des motifs raisonnables exiger que cette autre personne souscrive une obligation personnelle ou fournisse caution qu’elle gardera la paix et tiendra une bonne conduite pendant tout espace de temps n’excédant pas douze mois.

[17] Les dispositions de 1892 sur l’engagement de ne pas troubler l’ordre public offrent beaucoup de similitudes avec les dispositions actuelles en la matière, mais comme dans le cas de l’engagement de ne pas troubler l’ordre public reconnu en common law, la tenue d’une audience n’était pas obligatoire. Lorsqu’il était convaincu que le « plaignant » avait une crainte qui était raisonnablement fondée, le juge de paix pouvait exiger que « l’autre personne » contracte un engagement de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite pour une période maximale de douze mois.

[18] En ce qui concerne les exigences procédurales des engagements de ne pas troubler l’ordre public reconnus en common law, le juge en chef Lamer, dissident dans l’arrêt *Parks*, citait l’extrait suivant d’un arrêt de la Cour d’appel de l’Angleterre :

[TRADUCTION] Cela ne veut pas dire qu’il ne serait pas sage, et en fait courtois, dans ces affaires-là que les juges donnent un tel avertissement; il n’y aurait certes eu absolument aucun mal dans une affaire telle que l’espèce à ce que les juges, en retournant devant le tribunal, aient annoncé qu’ils étaient sur le point de prononcer l’acquittement, et aient ajouté immédiatement : « Nous envisageons cependant l’imposition de conditions à la libération, qu’en pensez-vous? » Je crois qu’il serait au moins courtois et peut-être sage de le faire, mais je ne puis pousser le principe jusqu’à dire que le défaut de donner un tel avertissement constitue un manquement aux règles de la justice naturelle. [Soulignement dans l’original; p. 893-894, citant *R. c. Woking Justices, Ex p. Gossage*, [1973] 2 All E.R. 621 (C.A. Angl.), p. 623.]

[19] Lors des modifications apportées en 1954 au *Code criminel*, S.C. 1953-54, c. 51, les expressions « faire comparaître les parties », « preuve apportée » et la mention de la cour « devant laquelle les parties

introduced into s. 717 (a predecessor of s. 810). These amendments resulted in a more procedurally robust peace bond scheme; one where a hearing was required so that the defendant could have the opportunity to respond to the alleged fear and contest the peace bond. As will be discussed below, I respectfully cannot accept the conclusion of the Court of Appeal that the enactment of provisions which include the phrase “cause the parties to appear” (e.g., ss. 810(2) and 810.2(2)) are “special provisions to compel appearance”, or that their enactment created a unique “scheme for dealing with peace bond Informations” (para. 50) to compel the attendance of a defendant to a hearing. Rather, the introduction of the wording most likely reflected the requirement that, before ordering a defendant to enter a recognizance, a judge must hold a hearing to determine whether the informant’s fear is reasonably founded.

[20] In addition to the general peace bond, based on fear of personal injury or damage to property (s. 810), Parliament has since the early 1990’s added a number of specialized peace bonds respecting: fear of a criminal organization offence, including intimidation of a justice system participant or a journalist (s. 810.01); fear of a terrorism offence (s. 810.011 and s. 83.3)¹; fear of an offence related to forced marriage or child marriage (s. 810.02); fear of a sexual offence committed against a minor (s. 810.1); and fear of serious personal injury (s. 810.2).

¹ Section 83.3 provides for a specialized peace bond designed to reduce the risk of terrorist activity. Unlike the peace bond provisions discussed in these reasons, s. 83.3 is contained in a different Part of the *Criminal Code* and includes internal powers of arrest, preventative detention, and judicial interim release that are exclusive to this section. Given the unique nature of this provision, it will not be considered in these reasons.

comparaissent » ont été ajoutées à l’art. 717 (prédécesseur de l’art. 810). Ces modifications ont mis en place un régime en matière d’engagements de ne pas troubler l’ordre public plus solide sur le plan procédural, qui exigeait la tenue d’une audience, donnant ainsi au défendeur la possibilité de répondre à la crainte alléguée et de contester l’engagement. Comme je l’explique plus loin, avec égards, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d’appel suivant laquelle l’édiction de dispositions où figure l’expression « fait comparaître les parties » ou « faire comparaître les parties » (p. ex., par. 810(2) et 810.2(2)) donne lieu à des [TRADUCTION] « dispositions particulières permettant de contraindre les parties à comparaître » ou que leur édiction a eu pour effet de créer un « mécanisme [unique] pour le traitement des dénonciations visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public » (par. 50) qui permet de contraindre le défendeur à comparaître à l’audience. J’estime plutôt que l’ajout de ces termes visait fort vraisemblablement à traduire l’idée qu’avant d’ordonner au défendeur de contracter un engagement, le juge doit tenir une audience pour décider si la crainte du dénonciateur est raisonnablement fondée.

[20] Outre l’engagement général de ne pas troubler l’ordre public fondé sur la crainte de lésions personnelles ou de dommages à la propriété (art. 810), le législateur a, depuis le début des années 1990, ajouté un certain nombre d’engagements de ne pas troubler l’ordre public plus spécialisés concernant la crainte d’une infraction d’organisation criminelle, y compris l’intimidation d’une personne associée au système judiciaire ou d’un journaliste (art. 810.01), la crainte d’une infraction de terrorisme (art. 810.011 et art. 83.3)¹, la crainte d’une infraction liée à un mariage forcé ou au mariage avec un enfant (art. 810.02), la crainte d’une infraction d’ordre sexuel commise contre un mineur (art. 810.1) et la crainte de sévices graves à la personne (art. 810.2).

¹ L’article 83.3 prévoit un engagement de ne pas troubler l’ordre public spécialisé visant à réduire le risque d’activité terroriste. Contrairement aux dispositions relatives aux engagements de ne pas troubler l’ordre public dont il est question dans les présents motifs, l’art. 83.3 se trouve dans une autre partie du *Code criminel* et comprend des pouvoirs internes d’arrestation, de détention préventive et de mise en liberté provisoire par voie judiciaire qui se retrouvent exclusivement à cet article. Vu son caractère unique, il ne sera pas tenu compte de cette disposition dans les présents motifs.

[21] Each of the peace bonds shares the following common features.

[22] First, an Information may be laid by any person (the informant) where he or she has reasonable grounds to fear that another person (the defendant) will cause certain types of injury or damage to property, or commit certain types of offences. As I will discuss below, in certain instances, the consent of the Attorney General is required to lay the Information (e.g., s. 810.2(1)).

[23] Second, a judge (or justice of the peace in the case of a s. 810 peace bond) who receives an Information may “cause the parties to appear” and conduct a hearing on the merits of the application (e.g., s. 810.2(2))². If satisfied by the evidence adduced at the hearing that the informant has reasonable grounds for his or her fear, the judge may order the defendant to enter a recognizance to keep the peace and be of good behaviour for a period not exceeding 12 months (e.g., s. 810.2(3))³, and place additional conditions on the defendant as prescribed by statute (e.g., s. 810.2(4.1)).

[24] Third, where a defendant fails or refuses to enter into a required recognizance, the judge may commit him or her to a term of imprisonment not exceeding 12 months (e.g., s. 810.2(4)).

[25] Finally, s. 811 provides that a person who breaches a peace bond faces up to four years’ imprisonment where the charge proceeds by way of indictment and up to 18 months’ imprisonment where the charge proceeds by way of summary conviction.

² Each of the peace bond provisions provide for judicial discretion as to whether or not to hold a hearing, with the exception of one: s. 810(2) provides that a justice who receives an Information laid under s. 810(1) “shall cause the parties to appear”.

³ Under certain peace bond provisions, the period of recognizance may be extended to two years where the defendant has previously been convicted of an offence referred to in the relevant provision (e.g., s. 810.2(3.1)).

[21] Les différents types d’engagement de ne pas troubler l’ordre public présentent tous les caractéristiques communes suivantes.

[22] Premièrement, toute personne (le dénonciateur) peut déposer une dénonciation dès lors qu’elle a des motifs raisonnables de craindre qu’une autre personne (le défendeur) cause certains types de sévices ou de dommages matériels ou commette certains types d’infractions. Comme je l’explique plus loin, dans certains cas, le consentement du procureur général est requis pour déposer la dénonciation (p. ex., par. 810.2(1)).

[23] Deuxièmement, le juge (ou le juge de paix dans le cas d’un engagement de ne pas troubler l’ordre public visé à l’art. 810) qui reçoit la dénonciation peut « faire comparaître les parties » et tenir une audience sur le fond de la demande (p. ex., par. 810.2(2))². S’il est convaincu par la preuve présentée à l’audience que les craintes du dénonciateur sont fondées sur des motifs raisonnables, le juge peut ordonner au défendeur de contracter un engagement de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite pour une période maximale de douze mois (p. ex., par. 810.2(3))³, et imposer des conditions supplémentaires au défendeur en vertu de la loi (p. ex., par. 810.2(4.1)).

[24] Troisièmement, le juge peut infliger au défendeur qui omet ou refuse de contracter l’engagement une peine de prison maximale de douze mois (p. ex., par. 810.2(4)).

[25] Quatrièmement, aux termes de l’art. 811, quiconque viole un engagement de ne pas troubler l’ordre public s’expose à un emprisonnement maximal de quatre ans, lorsque l’accusation est portée par voie d’acte d’accusation, ou d’une peine d’emprisonnement maximale de 18 mois, si l’accusation est portée par voie sommaire.

² Chacune des dispositions relatives aux engagements de ne pas troubler l’ordre public confère au juge un pouvoir discrétionnaire quant à l’opportunité de tenir ou non une audience, à l’exception du par. 810(2), qui prévoit que le juge de paix qui reçoit une dénonciation en vertu du par. 810(1) « fait comparaître les parties ».

³ Certaines dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public prévoient que la durée de l’engagement peut être prolongée jusqu’à deux ans si le défendeur a déjà été reconnu coupable d’une infraction visée à la disposition relative à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public applicable (p. ex., par. 810.2(3.1)).

C. *Statutory Scheme*

[26] The officer who swore the Information against Mr. Penunsi did so under s. 810.2, which reads:

Where fear of serious personal injury offence

810.2 (1) Any person who fears on reasonable grounds that another person will commit a serious personal injury offence, as that expression is defined in section 752, may, with the consent of the Attorney General, lay an information before a provincial court judge, whether or not the person or persons in respect of whom it is feared that the offence will be committed are named.

Appearances

(2) A provincial court judge who receives an information under subsection (1) may cause the parties to appear before a provincial court judge.

Adjudication

(3) If the provincial court judge before whom the parties appear is satisfied by the evidence adduced that the informant has reasonable grounds for the fear, the judge may order that the defendant enter into a recognizance to keep the peace and be of good behaviour for a period that does not exceed 12 months.

Duration extended

(3.1) However, if the provincial court judge is also satisfied that the defendant was convicted previously of an offence referred to in subsection (1), the judge may order that the defendant enter into the recognizance for a period that does not exceed two years.

Refusal to enter into recognizance

(4) The provincial court judge may commit the defendant to prison for a term not exceeding twelve months if the defendant fails or refuses to enter into the recognizance.

Conditions in recognizance

(4.1) The provincial court judge may add any reasonable conditions to the recognizance that the judge considers

C. *Régime législatif*

[26] L'agent qui a signé la dénonciation sous serment déposée contre M. Penunsi l'a fait en vertu de l'art. 810.2, qui est ainsi libellé :

En cas de crainte de sévices graves à la personne

810.2 (1) Quiconque a des motifs raisonnables de craindre que des personnes seront victimes de sévices graves à la personne au sens de l'article 752 peut, avec le consentement du procureur général, déposer une dénonciation devant un juge d'une cour provinciale, même si les personnes en question n'y sont pas nommées.

Comparution des parties

(2) Le juge qui reçoit la dénonciation peut faire comparaître les parties devant un juge de la cour provinciale.

Décision

(3) Le juge devant lequel les parties comparaissent peut, s'il est convaincu par la preuve apportée que les craintes du dénonciateur sont fondées sur des motifs raisonnables, ordonner que le défendeur contracte l'engagement de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite pour une période maximale de douze mois.

Prolongation

(3.1) Toutefois, s'il est convaincu en outre que le défendeur a déjà été reconnu coupable d'une infraction visée au paragraphe (1), le juge peut lui ordonner de contracter l'engagement pour une période maximale de deux ans.

Refus de contracter un engagement

(4) Le juge peut infliger au défendeur qui omet ou refuse de contracter l'engagement une peine de prison maximale de douze mois.

Conditions de l'engagement

(4.1) Le juge peut assortir l'engagement des conditions raisonnables qu'il estime souhaitables pour garantir la

desirable to secure the good conduct of the defendant, including conditions that require the defendant

- (a) to participate in a treatment program;
- (b) to wear an electronic monitoring device, if the Attorney General makes the request;
- (c) to remain within a specified geographic area unless written permission to leave that area is obtained from the provincial court judge;
- (d) to return to and remain at his or her place of residence at specified times;
- (e) to abstain from the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription, of alcohol or of any other intoxicating substance;
- (f) to provide, for the purpose of analysis, a sample of a bodily substance prescribed by regulation on the demand of a peace officer, a probation officer or someone designated under paragraph 810.3(2)(a) to make a demand, at the place and time and on the day specified by the person making the demand, if that person has reasonable grounds to believe that the defendant has breached a condition of the recognizance that requires them to abstain from the consumption of drugs, alcohol or any other intoxicating substance; or
- (g) to provide, for the purpose of analysis, a sample of a bodily substance prescribed by regulation at regular intervals that are specified, in a notice in Form 51 served on the defendant, by a probation officer or a person designated under paragraph 810.3(2)(b) to specify them, if a condition of the recognizance requires the defendant to abstain from the consumption of drugs, alcohol or any other intoxicating substance.

Conditions — firearms

(5) The provincial court judge shall consider whether it is desirable, in the interests of the defendant's safety or that of any other person, to prohibit the defendant from possessing any firearm, cross-bow, prohibited weapon, restricted weapon, prohibited device, ammunition, prohibited ammunition or explosive substance, or all of those things. If the judge decides that it is desirable to do so, the judge shall add that condition to the recognizance and specify the period during which the condition applies.

bonne conduite du défendeur, notamment celles lui intimant :

- a) de participer à un programme de traitement;
- b) de porter un dispositif de surveillance à distance, si le procureur général demande l'ajout de cette condition;
- c) de rester dans une région désignée, sauf permission écrite donnée par le juge;
- d) de regagner sa résidence et d'y rester aux moments précisés dans l'engagement;
- e) de s'abstenir de consommer des drogues — sauf sur ordonnance médicale —, de l'alcool ou d'autres substances intoxicantes;
- f) de fournir à des fins d'analyse un échantillon d'une substance corporelle désignée par règlement, à la demande d'un agent de la paix, d'un agent de probation ou d'une personne désignée en vertu de l'alinéa 810.3(2)a) pour faire la demande, aux date, heure et lieu précisés par l'agent ou la personne désignée, si celui-ci a des motifs raisonnables de croire que le défendeur a enfreint une condition de l'engagement lui intimant de s'abstenir de consommer des drogues, de l'alcool ou d'autres substances intoxicantes;
- g) de fournir à des fins d'analyse un échantillon d'une substance corporelle désignée par règlement, à intervalles réguliers précisés, dans un avis rédigé selon la formule 51 qui est signifié au défendeur, par un agent de probation ou par une personne désignée en vertu de l'alinéa 810.3(2)b) pour préciser ceux-ci, si l'engagement est assorti d'une condition lui intimant de s'abstenir de consommer des drogues, de l'alcool ou d'autres substances intoxicantes.

Conditions — armes à feu

(5) Le juge doit décider s'il est souhaitable pour la sécurité du défendeur, ou pour celle d'autrui, de lui interdire d'avoir en sa possession des armes à feu, arbalètes, armes prohibées, armes à autorisation restreinte, dispositifs prohibés, munitions, munitions prohibées et substances explosives, ou l'un ou plusieurs de ces objets, et, dans l'affirmative, il doit assortir l'engagement d'une condition à cet effet et y prévoir la période d'application de celle-ci.

Surrender, etc.

(5.1) If the provincial court judge adds a condition described in subsection (5) to a recognizance, the judge shall specify in the recognizance how the things referred to in that subsection that are in the defendant's possession should be surrendered, disposed of, detained, stored or dealt with and how the authorizations, licences and registration certificates that are held by the defendant should be surrendered.

Reasons

(5.2) If the provincial court judge does not add a condition described in subsection (5) to a recognizance, the judge shall include in the record a statement of the reasons for not adding the condition.

Condition — reporting

(6) The provincial court judge shall consider whether it is desirable to require the defendant to report to the correctional authority of a province or to an appropriate police authority. If the judge decides that it is desirable to do so, the judge shall add that condition to the recognizance.

Variance of conditions

(7) A provincial court judge may, on application of the informant, of the Attorney General or of the defendant, vary the conditions fixed in the recognizance.

Other provisions to apply

(8) Subsections 810(4) and (5) apply, with such modifications as the circumstances require, to recognizances made under this section.

While subs. (2) states that a provincial court judge “may cause the parties to appear”, there is no internal mechanism provided by Parliament by which a judge could compel appearance of either party. The procedures for compelling attendance are found in Part XVI of the *Criminal Code*.

[27] Instead of reproducing the procedures of Part XVI in the peace bond provisions, Parliament has chosen to apply the relevant provisions regarding compelling attendance to the peace bond scheme

Remise

(5.1) Le cas échéant, l'engagement prévoit la façon de remettre, de détenir ou d'entreposer les objets visés au paragraphe (5) qui sont en la possession du défendeur, ou d'en disposer, et de remettre les autorisations, permis et certificats d'enregistrement dont celui-ci est titulaire.

Motifs

(5.2) Le juge qui n'assortit pas l'engagement de la condition prévue au paragraphe (5) est tenu de donner ses motifs, qui sont consignés au dossier de l'instance.

Condition — présentation devant une autorité

(6) Le juge doit décider s'il est souhaitable que le défendeur se présente devant les autorités correctionnelles de la province ou les autorités policières compétentes et, dans l'affirmative, il doit assortir l'engagement d'une condition à cet effet.

Modification des conditions

(7) Tout juge de la cour provinciale peut, sur demande du dénonciateur, du procureur général ou du défendeur, modifier les conditions fixées dans l'engagement.

Autres dispositions applicables

(8) Les paragraphes 810(4) et (5) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux engagements contractés en vertu du présent article.

Bien que le par. (2) prévoit qu'un juge de la cour provinciale « peut faire comparaître les parties », le législateur n'a prévu aucun mécanisme interne permettant au juge d'obliger l'une ou l'autre partie à comparaître. Les moyens de contraindre quelqu'un à comparaître figurent à la partie XVI du *Code criminel*.

[27] Au lieu de reproduire la procédure prévue à la partie XVI dans les dispositions relatives à l'engagement de ne pas troubler l'ordre public, le législateur a choisi d'appliquer les dispositions pertinentes

via a series of incorporating provisions. The drafting technique of incorporation by reference is “an economical one for Parliament to employ” (*R. v. Cachine*, 2001 BCCA 295, 154 C.C.C. (3d) 376, at para. 28).

[28] Parliament has chosen a rather circuitous route to incorporate the necessary procedures to cause the parties to appear. Each peace bond provision expressly incorporates s. 810(5), with the exception of one.⁴ For example, s. 810.2(8) reads:

Other provisions to apply

(8) Subsections 810(4) and (5) apply, with such modifications as the circumstances require, to recognizances made under this section.

Section 810(5) provides:

Procedure

(5) The provisions of this Part apply, with such modifications as the circumstances require, to proceedings under this section.

Section 810(5) incorporates all provisions of Part XXVII, including s. 795, into peace bond proceedings. Section 795 incorporates provisions of Part XVI (“Compelling Appearance of Accused Before a Justice and Interim Release”) into Part XXVII (“Summary Convictions”):

795. The provisions of Parts XVI and XVIII with respect to compelling the appearance of an accused before a justice . . . in so far as they are not inconsistent with this Part,

⁴ Section 810.02 (Fear of forced marriage or marriage under the age of 16 years), does not include a specific reference to s. 810(5). I make no determination as to whether Part XVI applies to this peace bond by operation of the other incorporating provisions.

concernant les moyens de contraindre une personne à comparaître au régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public en recourant à une série de dispositions d’incorporation par renvoi. Cette méthode de rédaction fondée sur l’incorporation par renvoi est [TRADUCTION] « une façon économique pour le Parlement de légiférer » (*R. c. Cachine*, 2001 BCCA 295, 154 C.C.C. (3d) 376, par. 28).

[28] Le législateur a adopté un parcours plutôt sinueux pour incorporer les dispositions nécessaires afin de faire comparaître les parties. Le paragraphe 810(5) est explicitement incorporé par renvoi à chacune des dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public, à l’exception d’une seule⁴. Par exemple, le par. 810.2(8) dispose :

Autres dispositions applicables

(8) Les paragraphes 810(4) et (5) s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux engagements contractés en vertu du présent article.

Le paragraphe 810(5) est ainsi libellé :

Procédure

(5) La présente partie s’applique, compte tenu des adaptations de circonstance, aux procédures relevant du présent article.

Le paragraphe 810(5) incorpore toutes les dispositions de la partie XXVII, y compris l’art. 795, aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. L’article 795 incorpore des dispositions de la partie XVI (« Mesures concernant la comparution d’un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire ») à la partie XXVII (« Déclarations de culpabilité par procédure sommaire ») :

795. Les dispositions des parties XVI et XVIII concernant les moyens de contraindre un prévenu à comparaître devant un juge de paix [. . .], dans la mesure où elles ne sont

⁴ Il s’agit de l’art. 810.02 (crainte de mariage forcé ou de mariage de personnes de moins de seize ans), qui ne mentionne pas expressément le par. 810(5). Je ne me prononce pas quant à savoir si la partie XVI s’applique à cet engagement de ne pas troubler l’ordre public par l’effet des autres dispositions d’incorporation par renvoi.

apply, with any necessary modifications, to proceedings under this Part.

[29] Together, ss. 810.2(8), 810(5), and 795 incorporate “[t]he provisions of Par[t] XVI . . . with respect to compelling appearance of an accused before a justice . . . in so far as they are not inconsistent with this Part . . . with any necessary modifications, to proceedings under this Part”. The relevant provisions of Part XVI (“Compelling Appearance of Accused Before a Justice and Interim Release”) will be discussed below.

[30] Whether the arrest and JIR provisions apply to peace bond proceedings turns on the proper interpretation of the incorporating language of s. 795: “in so far as they are not inconsistent with this Part” and “with any necessary modifications”, and the similar language “with such modifications as the circumstances require” in s. 810(5). Whether the modifications required for Part XVI to operate within the peace bond scheme are the type of modifications contemplated by Parliament has been the subject of judicial debate.

D. *Two Lines of Jurisprudence*

[31] There are two lines of authority falling on either side of the issue. One line of authority is based on two decisions from the Ontario Court of Appeal (*R. v. Allen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 155; *Budreo C.A.*). The *Allen-Budreo* line holds that the arrest and JIR provisions contained in Part XVI apply to peace bond proceedings. In *Allen*, the court considered the incorporating provision (what is now s. 795) and held that the arrest provision (what is now s. 507) was applicable *mutatis mutandis* to peace bond proceedings. In *R. v. Wakelin* (1991), 71 C.C.C. (3d) 115, the Saskatchewan Court of Appeal applied the reasoning in *Allen* to conclude that if the power of

pas incompatibles avec la présente partie, s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux procédures prévues par la présente partie.

[29] Ensemble, les par. 810.2(8) et 810(5) et l’art. 795 incorporent « [l]es dispositions [de la] parti[e] XVI [. . .] concernant les moyens de contraindre un prévenu à comparaître devant un juge de paix [. . .], dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente partie [. . .], avec les adaptations nécessaires, aux procédures prévues par la présente partie ». Nous examinerons plus loin les dispositions pertinentes de la partie XVI (« Mesures concernant la comparution d’un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire »).

[30] La réponse à la question de savoir si les dispositions relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’appliquent aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public dépend de l’interprétation appropriée des termes d’incorporation par renvoi que l’on trouve à l’art. 795 : « dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente partie » et « avec les adaptations nécessaires » et à l’expression similaire « compte tenu des adaptations de circonstance » au par. 810(5). Il y a eu un débat dans la jurisprudence sur la question de savoir si les modifications nécessaires pour que la partie XVI s’applique dans le cadre du régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public correspondent aux types de modifications auxquelles songeait le législateur.

D. *Deux courants jurisprudentiels*

[31] Il y a deux courants jurisprudentiels opposés sur la question. Le premier courant jurisprudentiel est fondé sur deux arrêts de la Cour d’appel de l’Ontario (*R. c. Allen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 155; *Budreo C.A.*). Selon la position adoptée dans les arrêts *Allen* et *Budreo C.A.*, les dispositions relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire de la partie XVI s’appliquent aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Dans l’affaire *Allen*, la cour a examiné la disposition d’incorporation par renvoi (l’art. 795 actuel) et jugé que la disposition relative à l’arrestation (l’art. 507 actuel) s’appliquait *mutatis mutandis* aux procédures

arrest applies, “it would be anomalous if the judicial interim release provisions did not apply” to peace bond proceedings (para. 16). This line culminated in the *Budreo C.A.* case, which upheld the constitutionality of the peace bond provided for by s. 810.1. The *Allen-Budreo* line was recently applied by the Yukon Territory Court of Appeal in *R. v. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389. I rely on Fitch J.A.’s summary in *Nowazek* of the Ontario Court of Appeal’s reasons in *Budreo C.A.*:

In *Budreo*, [the] defendant was a diagnosed paedophile who had just been released from prison after serving sentences for sexual offences involving children. He refused to consent to the imposition of a recognizance under s. 810.1. The defendant attended court voluntarily on police instructions. On the same day, a police officer swore an information under s. 810.1 that she had reasonable grounds to fear the appellant would commit sexual offences against children. The judge determined to issue process and concluded that the defendant’s attendance in court to answer to the application should be compelled by an arrest warrant [notwithstanding that he was already there voluntarily]. The defendant was arrested outside the courtroom pursuant to a warrant issued under s. 507(4) of the *Code*. With the defendant now in custody, he was taken before the judge for a show cause hearing to determine whether he should be released on bail pending resolution of the s. 810.1 application. The defendant eventually agreed to the release conditions sought by the Crown and the s. 810.1 hearing was adjourned to a date one week later. He then applied for a declaration that ss. 810.1 and 507(4) violated the *Charter*.

The Court . . . concluded that s. 795 contemplates the modification of ss. 507 and 515 to apply to proceedings

d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Dans l’arrêt *R. c. Wakelin* (1991), 71 C.C.C. (3d) 115, la Cour d’appel de la Saskatchewan a appliqué le raisonnement de l’arrêt *Allen* et conclu que, si le pouvoir d’arrestation s’appliquait, [TRADUCTION] « il ne serait pas normal que les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne s’appliquent pas aussi » aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public (par. 16). Ce courant jurisprudentiel a débouché sur l’arrêt *Budreo C.A.*, qui a confirmé la constitutionnalité des engagements de ne pas troubler l’ordre public prévus à l’art. 810.1. Le courant jurisprudentiel des arrêts *Allen* et *Budreo C.A.* a récemment été appliqué par la Cour d’appel du Yukon dans l’arrêt *R. c. Nowazek*, 2018 YKCA 12, 366 C.C.C. (3d) 389. Je cite le résumé que le juge Fitch a fait dans la décision *Nowazek* des motifs de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Budreo C.A.* :

[TRADUCTION] Dans l’affaire *Budreo* [le] défendeur était un pédophile diagnostiqué qui venait tout juste d’être libéré de prison après avoir purgé des peines pour des infractions sexuelles commises contre des enfants. Il avait refusé de contracter l’engagement prévu à l’art. 810.1. Le défendeur s’était présenté de son plein gré devant le tribunal sur les instructions de la police. Le même jour, une policière avait fait sous serment, en vertu de l’art. 810.1, une dénonciation selon laquelle elle avait des motifs raisonnables de craindre que l’appelant commette des infractions sexuelles contre des enfants. Le juge a décidé de délivrer un mandat et conclu qu’il était nécessaire de contraindre le défendeur à comparaître devant le tribunal pour répondre à la demande en lançant contre lui un mandat d’arrestation [malgré le fait qu’il se trouvait déjà devant le tribunal de son plein gré]. Le défendeur a été arrêté à l’extérieur de la salle d’audience en vertu d’un mandat délivré en vertu du par. 507(4) du *Code*. Désormais détenu, le défendeur a été conduit devant le juge pour une audience de justification en vue de déterminer s’il devait être libéré sous caution en attendant le sort de la demande fondée sur l’art. 810.1. Le défendeur a finalement accepté les conditions de sa mise en liberté réclamées par le ministère public, et l’audience relative à la demande présentée en vertu de l’art. 810.1 a été reportée d’une semaine. Le défendeur a ensuite sollicité un jugement déclaratoire portant que l’art. 810.1 et le par. 507(4) violaient la *Charte*.

La Cour [. . .] a conclu que l’art. 795 envisageait la modification des art. 507 et 515 de façon à ce que ceux-ci

commenced by the laying of an information under s. 810.1, even though a defendant to a s. 810.1 information is not “an accused charged with an offence”: paras. 59-62.

The Court emphasized that s. 507(4) requires a justice to issue a summons whenever possible. The judge may issue an arrest warrant only where necessary in the public interest, which, in the s. 810.1 context, means where the defendant will not otherwise attend court or poses an imminent risk to the safety of children: para. 66. The Court also noted that, if an arrest warrant is issued and the defendant is brought before a justice, s. 515 demands the release of the defendant without conditions unless the Crown can show cause for a more restrictive order. The justice must exercise his or her discretion under s. 515 “judicially and bearing in mind the limited conditions that can be imposed following a successful s. 810.1 application”: para. 67.

The Court found that the availability of pre-hearing detention in s. 515 did not render s. 810.1 overbroad, notwithstanding that detention is more severe than any sanction available to the court at the conclusion of a successful s. 810.1 application (unless the defendant refuses to enter into the recognizance):

... Pre-trial arrest or even pre-hearing detention may be necessary to secure the defendant’s attendance at the hearing or to prevent harm to children pending a hearing because of a defendant’s unwillingness to comply with reasonable terms of release. In short, as I have already said, pre-trial arrest and detention may be needed in some cases to ensure the integrity and viability of the s. 810.1 proceedings themselves.

The Court emphasized that pre-hearing detention will only be justified in unusual circumstances in s. 810.1 proceedings. It also pointed to s. 515(10), which circumscribes judicial discretion to order pre-hearing detention by setting out the circumstances in which detention is justified.

s’appliquent aux instances introduites par le dépôt d’une dénonciation en vertu de l’art. 810.1, même si, dans le cas d’une dénonciation déposée en vertu de l’art. 810.1, le défendeur n’était pas un « prévenu inculqué d’une infraction » : par. 59-62.

La Cour a souligné que le par. 507(4) exigeait du juge de paix qu’il délivre une sommation chaque fois que cela était possible. Le juge ne peut délivrer un mandat d’arrestation que lorsque l’intérêt public l’exige, ce qui signifie, dans le contexte de l’art. 810.1, que le défendeur ne se présentera pas devant le tribunal ou qu’il représente un risque imminent pour la sécurité des enfants : par. 66. La Cour a également fait remarquer que, si un mandat d’arrestation est décerné et que le prévenu est traduit devant un juge de paix, l’art. 515 exige sa mise en liberté sans condition, à moins que le ministère public ne soit en mesure de justifier le prononcé d’une ordonnance plus restrictive. Le juge de paix doit exercer son pouvoir discrétionnaire en vertu de l’art. 515 « de façon judiciaire et en tenant compte des conditions limitées qui peuvent être imposées lorsque la demande fondée sur l’art. 810.1 est accueillie » : par. 67.

La Cour a conclu que la possibilité de détenir le prévenu avant la tenue de l’audience prévue à l’art. 515 ne conférerait pas une portée trop large à l’art. 810.1, malgré le fait que la détention constituait une mesure plus sévère que toute sanction que la cour pourrait infliger après avoir fait droit à la demande fondée sur l’art. 810.1 (sauf si le défendeur refusait de contracter l’engagement) :

... L’arrestation du défendeur avant le procès ou même sa détention avant l’audience peut être nécessaire pour assurer sa présence à l’audience ou pour empêcher que les enfants subissent un préjudice en attendant la tenue de l’audience parce que le défendeur ne veut pas se conformer à des conditions raisonnables de sa mise en liberté. Bref, comme je l’ai déjà dit, l’arrestation et la détention avant le procès peuvent s’avérer nécessaires dans certains cas pour assurer l’intégrité et la viabilité des procédures prévues à l’art. 810.1 elles-mêmes.

La Cour a souligné que la détention avant l’audience ne sera justifiée que dans des situations exceptionnelles dans le cadre des procédures prévues à l’art. 810.1. Elle a également mentionné le par. 515(10), qui limite le pouvoir discrétionnaire dont dispose le juge pour ordonner la détention avant l’audience en précisant les circonstances dans lesquelles la détention est justifiée.

The British Columbia Court of Appeal followed the *Allen-Budreo* line in *Cachine*, and held that interim conditions may be imposed on a peace bond defendant who is arrested and brought before the court.

[32] The second line of jurisprudence follows the decisions in *R. v. Forrest* (1983), 8 C.C.C. (3d) 444 (B.C.S.C.), and *MacAusland*. The *Forrest-MacAusland* line holds that the JIR provisions do not apply to peace bond defendants, and was preferred by the Court of Appeal in the instant case. In *Forrest*, the court concluded that the words “*mutatis mutandis*” in the incorporating provision (language which has since been amended to read “with such modification as the circumstances require”) could not be relied upon to convert a peace bond defendant into an accused charged with an offence. The court found that this was a “change in substance” and not a “change in points of detail” (p. 448). However, *Forrest* was subsequently overruled by the British Columbia Court of Appeal and is no longer binding in that province (*Cachine*, at paras. 23-24).

[33] Save for the decision of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal in the instant case, *MacAusland* appears to be the only decision of a superior or appeal court that is still “good law” holding that the JIR provisions cannot be applied to a peace bond defendant. In *MacAusland*, Kelly J. concluded that as s. 810 creates no offence, the alterations necessary to apply the JIR provisions to s. 810 were not merely technical; rather they “involve a change in the nature of s. 810 or s. 515” (paras. 27-28). Kelly J. also identified a danger of “potential for abuse by informants with improper motives” (para. 30) where a defendant may be put on conditions before reasonable grounds for any

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a, dans l’arrêt *Cachine*, suivi le courant jurisprudentiel des arrêts *Allen et Budreo C.A.* et statué que des conditions provisoires peuvent être imposées au défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public qui a été arrêté et conduit devant le tribunal.

[32] Le second courant jurisprudentiel fait suite aux décisions *R. c. Forrest* (1983), 8 C.C.C. (3d) 444 (C.S.C.-B.) et *MacAusland*. Selon la position adoptée dans les décisions *Forrest* et *MacAusland*, les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne s’appliquent pas aux défendeurs à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public; c’est cette interprétation que la Cour d’appel a préférée en l’espèce. Dans la décision *Forrest*, la cour a conclu que les mots « *mutatis mutandis* » dans la disposition d’incorporation par renvoi (mots qui ont depuis été remplacés par l’expression « avec les adaptations nécessaires ») ne pouvaient être invoqués pour transformer le défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public en prévenu inculqué d’une infraction. Selon la cour, il s’agissait d’une [TRADUCTION] « modification de fond » et non d’un « changement portant sur des détails » (p. 448). Toutefois, le jugement *Forrest* a par la suite été infirmé par la Cour d’appel de la Colombie-Britannique et les tribunaux de cette province ne sont plus tenus de le suivre (*Cachine*, par. 23-24).

[33] À l’exception de l’arrêt rendu par la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador dans le cas qui nous occupe, le jugement *MacAusland* semble constituer la seule décision émanant d’une cour supérieure ou d’une juridiction d’appel qui fait encore jurisprudence et selon laquelle les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne peuvent s’appliquer au défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Dans le jugement *MacAusland*, le juge Kelly a conclu que, comme l’art. 810 ne créait pas d’infractions, les modifications nécessaires pour pouvoir appliquer les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire à l’art. 810 n’étaient pas simplement techniques, mais

fear or apprehension is proven. Finally, Kelly J. concluded:

A scheme in which one is subject to a more severe penalty while awaiting determination than when the determination is actually made creates, in my opinion, logical and legal inconsistency. [para. 33]

This passage was cited with approval by the Court of Appeal in the instant case (para. 58).

[34] For reasons I will explain, I agree with the Courts of Appeal in *Allen*, *Wakelin*, *Budreo C.A.*, *Cachine*, and *Nowazek* insofar as they found that the arrest and JIR provisions apply to peace bond proceedings. That said, any interim measure should not surpass the severity of outcomes following a final determination, except where necessary to preserve the integrity of the proceedings.

E. *Part XVI Applies to Peace Bond Proceedings*

[35] As mentioned above, ss. 810.2(8), 810(5), and 795 operate together to incorporate the provisions of Part XVI (which houses, *inter alia*, the summons, arrest, and JIR provisions) into Part XXVII (“Summary Convictions”) which houses, *inter alia*, the peace bond provisions. The incorporating provision (s. 795) does not import Part XVI wholesale, but rather limits its application:

795. The provisions of Parts XVI [“Compelling Appearance of Accused Before a Justice and Interim Release”]

opéraient en réalité [TRADUCTION] « un changement dans la nature même de l’art. 810 ou de l’art. 515 » (par. 27-28). Le juge Kelly a également signalé un « risque d’abus de la part de dénonciateurs animés de motifs illégitimes » (par. 30), dans des situations où le défendeur est susceptible d’être assujéti à des conditions avant que les motifs raisonnables de crainte ou d’appréhension ne soient prouvés. Enfin, le juge Kelly est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Un régime qui permet, avant que la demande ne soit tranchée au fond, d’infliger à quelqu’un une peine plus sévère que celle dont il pourrait écoper après que cette décision a effectivement été rendue crée, à mon avis, une incohérence sur les plans logique et juridique. [par. 33]

Ce passage a été repris et approuvé en l’espèce par la Cour d’appel (para. 58).

[34] Pour les motifs que je vais exposer, je suis d’accord avec les cours d’appel ayant rendu les arrêts *Allen*, *Wakelin*, *Budreo C.A.*, *Cachine* et *Nowazek* dans la mesure où elles ont conclu que les dispositions relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’appliquent aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Cela étant, toute mesure provisoire ne devrait pas être plus sévère que celles découlant d’une décision définitive, sauf lorsque cela est nécessaire pour protéger l’intégrité des procédures.

E. *La partie XVI s’applique aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public*

[35] Comme je l’ai déjà mentionné, les par. 810.2(8) et 810(5) et l’art. 795 ont ensemble pour effet d’incorporer les dispositions de la partie XVI (où figurent notamment les dispositions relatives aux sommations, à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire) à la partie XXVII (« Déclarations de culpabilité par procédure sommaire »), laquelle partie renferme notamment les dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public. La disposition d’incorporation par renvoi (l’art. 795) n’intègre pas intégralement la partie XVI, mais en limite plutôt le champ d’application :

795. Les dispositions des parties XVI [« Mesures concernant la comparution d’un prévenu devant un

and XVIII [“Procedure on Preliminary Inquiry”] with respect to compelling the appearance of an accused before a justice, and the provisions of Parts XVIII.1, XX and XX.1, in so far as they are not inconsistent with this Part, apply, with any necessary modifications, to proceedings under this Part.

[36] Accordingly, whether Part XVI applies to peace bond proceedings depends on the proper interpretation of the statutory language in the incorporating provision, s. 795. The interpretation must be guided by the modern rule of statutory interpretation, that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26).

[37] Provision for the peace bond at issue in this appeal was passed by Parliament in an omnibus Bill (Bill C-55, *An Act to amend the Criminal Code (high risk offenders), the Corrections and Conditional Release Act, the Criminal Records Act, the Prisons and Reformatories Act and the Department of the Solicitor General Act*, 2nd Sess., 35th Parl., 1996-1997) aimed at protecting society from individuals who are considered “high risk” to reoffend. In the same Bill, changes were made to parole eligibility for dangerous offenders, and to provide for increased supervision of long-term offenders. Several of the other peace bond provisions are aimed at protecting vulnerable groups including children at risk of sexual offences (s. 810.1), and children at risk of forced marriage or removal from the country (s. 810.02). The general peace bond (s. 810) is an important tool used to protect women leaving abusive relationships (see, e.g., P. M. Neumann, “Peace Bonds: Preventive Justice? Or Preventing Justice?” (1994), 3 *Dal. J. Leg. Stud.* 171; S. Gauthier, “L’engagement de ne pas troubler l’ordre public dans les causes de violence

juge de paix et la mise en liberté provisoire ») et XVIII [« Procédure à l’enquête préliminaire »] concernant les moyens de contraindre un prévenu à comparaître devant un juge de paix, et celles des parties XVIII.1, XX et XX.1, dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente partie, s’appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux procédures prévues par la présente partie.

[36] Par conséquent, la réponse à la question de savoir si la partie XVI s’applique aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public dépend de l’interprétation qu’il convient de donner au libellé de la disposition d’incorporation par renvoi, l’art. 795. Cette interprétation doit être fondée sur le principe moderne applicable en matière d’interprétation des lois, en l’occurrence : « . . . il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec [l’économie] de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 59, par. 26).

[37] La disposition relative aux engagements de ne pas troubler l’ordre public en cause dans le présent pourvoi a été adoptée par le législateur dans le cadre d’un projet de loi omnibus (Projet de loi C-55, *Loi modifiant le Code criminel (délinquants présentant un risque élevé de récidive), la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, la Loi sur le casier judiciaire, la Loi sur les prisons et les maisons de correction et la Loi sur le ministère du Solliciteur général*, 2^e sess., 35^e lég., 1996-1997) visant à protéger la société des individus considérés à « risque élevé » de récidiver. Dans le même projet de loi, des modifications ont été apportées aux critères d’admissibilité à la libération conditionnelle des délinquants dangereux, et une surveillance accrue a été prévue dans le cas des délinquants à contrôler. Plusieurs autres dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public visent à protéger les groupes vulnérables, notamment les enfants susceptibles d’être victimes d’une infraction d’ordre sexuel (art. 810.1), ainsi que les enfants susceptibles de

conjugale ayant fait l'objet d'un abandon des poursuites judiciaires criminelles (art. 810 C.C.R.)" (2011), 23 *C.J.W.L.* 548, at pp. 548-78; L. M. Tutty and J. Koshan, "Calgary's Specialized Domestic Violence Court: An Evaluation of a Unique Model" (2013), 50 *Alta. L. Rev.* 731; C. L. Chewter, "Violence Against Women and Children: Some Legal Issues" (2003), 20 *Can. J. Fam. L.* 99).

[38] Then J. in *Budreo S.C.* stated the policy rationale behind peace bonds:

... where the reasonably certain commission of an offence can be prevented, it may be in the interest of the likely offender, his potential victim and of society to prevent the offence. This is particularly true when the preventive measures employed are less restrictive than the punishment that might flow from a conviction. [p. 372]

[39] It is against this backdrop of pressing policy objectives — the protection of vulnerable persons and the prevention of violent crime — that I undertake the interpretative exercise.

- (1) "With Respect to Compelling the Appearance of an Accused Before a Justice"

[40] Part XVI of the *Criminal Code* is entitled "Compelling Appearance of Accused Before a Justice and Interim Release". In *Forrest*, the British Columbia Supreme Court reasoned that the JIR provisions now under s. 515 were excluded from the scope of now s. 795 because although the latter section refers to the provisions of Parts XVI and XVIII with respect to compelling the appearance

faire l'objet d'un mariage forcé ou d'être retirés du pays (art. 810.02). L'engagement général de ne pas troubler l'ordre public (art. 810) est un outil important utilisé pour protéger des femmes qui mettent fin à une relation marquée par la violence (voir, p. ex., P. M. Neumann, « Peace Bonds : Preventive Justice? Or Preventing Justice? » (1994), 3 *Dal. J. Leg. Stud.* 171; S. Gauthier, « L'engagement de ne pas troubler l'ordre public dans les causes de violence conjugale ayant fait l'objet d'un abandon des poursuites judiciaires criminelles (art. 810 C.C.R.) » (2011), 23 *R.F.D.* 548, p. 548-578; L. M. Tutty et J. Koshan, « Calgary's Specialized Domestic Violence Court : An Evaluation of a Unique Model » (2013), 50 *Alta. L. Rev.* 731; C. L. Chewter, « Violence Against Women and Children : Some Legal Issues » (2003), 20 *Rev. can. d. fam.* 99).

[38] Le juge Then a évoqué dans la décision *Budreo C.S.* les considérations de principe qui sous-tendent l'engagement de ne pas troubler l'ordre public :

[TRADUCTION] . . . lorsque la perpétration raisonnablement certaine d'une infraction peut-être empêchée, il peut être dans l'intérêt du délinquant probable, de sa victime potentielle et de la société de prévenir l'infraction. Cela est particulièrement vrai lorsque les mesures préventives employées sont moins astreignantes que la peine qui pourrait être prononcée à la suite d'une condamnation. [p. 372]

[39] C'est dans le contexte de ces considérations de principe critiques — la protection des personnes vulnérables et la prévention des crimes violents — que j'entreprends maintenant l'exercice consistant à interpréter les dispositions pertinentes.

- (1) « concernant les moyens de contraindre un prévenu à comparaître devant un juge de paix »

[40] La partie XVI du *Code criminel* s'intitule « Mesures concernant la comparution d'un prévenu devant un juge de paix et la mise en liberté provisoire ». Dans le jugement *Forrest*, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a expliqué que les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire maintenant visées à l'art. 515 étaient exclues du champ d'application

of an accused before a justice, it does not refer to the provisions of Part XVI with respect to *judicial interim release*. The respondent relies on the interpretation of s. 795 in *Forrest* to support his argument that Parliament did not intend for the JIR provisions to apply to peace bond proceedings.

[41] The words “in respect of” were considered by Dickson J. (as he then was) to be “words of the widest possible scope” (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39). The phrase “with respect to” in s. 795 is similarly broad and can be read to include the JIR provisions under s. 515, even though those provisions do not specifically authorize “compelling the appearance of an accused before a justice”. While compelling appearance and judicial interim release are conceptually distinct, they are procedurally inextricable. It would be unworkable if a defendant named in a peace bond Information could be arrested, but could not be released. Applying well-established principles of statutory interpretation, courts favour an interpretation of the statute that avoids absurd results. Arrest and judicial interim release go hand in hand as components that form an overall scheme under Part XVI. Accordingly, the JIR provisions under s. 515 are captured by s. 795 as provisions “with respect to” compelling the appearance of the defendant.

de la disposition qu’a remplacé l’art. 795 parce que, même si ce dernier article mentionne les dispositions des parties XVI et XVIII concernant les moyens de contraindre un prévenu à comparaître devant un juge de paix, il ne renvoie pas aux dispositions de la partie XVI portant sur *la mise en liberté provisoire par voie judiciaire*. L’intimé s’appuie sur l’interprétation de l’art. 795 de la décision *Forrest* pour étayer son argument selon lequel le législateur n’avait pas l’intention que les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’appliquent aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public.

[41] Le juge Dickson (plus tard juge en chef) a affirmé que les mots « “quant à” [. . .] ont la portée la plus large possible » et qu’ils signifient « concernant », soit le mot employé à l’art. 795 (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 39). Le mot « concernant » de l’art. 795 a donc une portée tout aussi large et peut être interprété comme englobant les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire prévues à l’art. 515, même si ces dispositions n’autorisent pas expressément la prise de « moyens de contraindre un prévenu à comparaître devant un juge de paix ». Bien que les moyens de contraindre quelqu’un à comparaître et la mise en liberté provisoire par voie judiciaire soient des concepts distincts, on ne peut les dissocier sur le plan procédural. Si l’on pouvait arrêter un défendeur nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public sans pouvoir pour autant le mettre en liberté, on créerait des problèmes insurmontables. Les tribunaux, qui appliquent des principes bien établis en matière d’interprétation des lois, favorisent une interprétation de la loi qui évite les résultats absurdes. L’arrestation et la mise en liberté provisoire par voie judiciaire sont indissociables en tant qu’éléments constitutifs de l’économie générale de la partie XVI. Par conséquent, les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire prévues à l’art. 515 tombent sous le coup de l’art. 795 en tant que dispositions « concernant » les moyens de contraindre le défendeur à comparaître.

(2) “In so Far as They Are Not Inconsistent With This Part”*There Is No Mechanism to Compel Attendance in Part XXVII*

[42] The Court of Appeal concluded that Part XVI was inconsistent with peace bond proceedings because by including the language “cause the parties to appear” in s. 810.2(2), Parliament had created a unique scheme for compelling the attendance of a defendant:

More importantly, Parliament’s enactment of special provisions to compel appearances on peace bond Informations — sections 810.2(2), 810(2) and 810.1(2) — indicates that Parliament’s scheme for dealing with peace bond Informations is different from its scheme respecting Informations alleging criminal charges. Compelling appearances of accuseds and defendants in relation to criminal charges is effected through the general provisions in Part XVI of the *Code*. The language used in the peace bond sections is not only different, but unique; it does not appear in other parts of the *Code*. Simply put, Parliament legislated special and different provisions, in this case section 810.2(2), to empower judges to compel the appearances of parties to peace bond Informations. It would not have been necessary for Parliament to do so if Part XVI applied by operation of section 795 as the Crown argues. The special provisions show Parliament’s acknowledgement that a defendant to a peace bond Information is of a different character than a defendant to a criminal charge. Part XVI applies to Part XXVII only insofar as it is not inconsistent with it. The different provisions for compelling appearances regarding peace bond proceedings are an obvious inconsistency with the Part XVI provisions for compelling appearances of accuseds and defendants. [para. 50]

(2) « dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la présente partie »*Il n’existe pas à la partie XXVII de mécanisme permettant de contraindre quelqu’un à comparaître*

[42] La Cour d’appel a conclu que la partie XVI était incompatible avec les procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public parce qu’en insérant les mots « faire comparaître les parties » au par. 810.2(2), le législateur a créé un régime unique pour contraindre un défendeur à comparaître :

[TRADUCTION] Plus important encore, l’adoption par le législateur de dispositions particulières pour contraindre le prévenu faisant l’objet d’une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public à comparaître — les par. 810.2(2), 810(2) et 810.1(2) — démontrent que le régime créé par le législateur pour traiter les dénonciations visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public est différent de celui qu’il a prévu pour les dénonciations dans lesquelles un prévenu est visé par une allégation d’infraction criminelle. La procédure à suivre pour contraindre les prévenus et des défendeurs à comparaître pour répondre à des accusations criminelles est énoncée dans les dispositions générales de la partie XVI du *Code*. Le libellé employé dans les articles relatifs aux engagements de ne pas troubler l’ordre public est non seulement différent, mais unique : il n’apparaît dans aucune autre partie du *Code*. En termes simples, le législateur a adopté des dispositions spéciales et différentes, en l’occurrence le par. 810.2(2), afin d’habiliter les juges à contraindre les parties à comparaître devant eux pour répondre à une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public. Il n’aurait pas été nécessaire que le législateur le fasse si la partie XVI s’appliquait par l’effet de l’art. 795, comme le soutient le ministère public. Ces dispositions particulières démontrent que le législateur reconnaissait que le défendeur à une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public est différent par définition du défendeur à une accusation criminelle. La partie XVI s’applique à la partie XXVII uniquement dans la mesure où elle n’est pas incompatible avec cette dernière. Les différentes dispositions relatives aux moyens de contraindre un prévenu à comparaître dans le cadre des procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public sont manifestement incompatibles avec les dispositions de la partie XVI concernant les moyens de contraindre les prévenus et les défendeurs à comparaître. [par. 50]

With respect, I do not agree that the provisions cited create a “scheme for dealing with peace bond Informations”. Nowhere in the peace bond provisions nor in any provision under Part XXVII does the statute provide a mechanism by which to “cause the parties to appear”. In concluding that Part XVI does not apply to peace bond proceedings, the Court of Appeal failed to explain how a provincial court judge can cause the defendant to appear.

[43] The Court of Appeal wrote that “the intended, and practical, course of action is for a judge to be able to cause both the informant and defendant to appear at the same time by summoning them to appear on the same date to move forward with the proceeding” (para. 49). The Court of Appeal did not identify an alternative provision in Part XXVII of the *Criminal Code* that would enable a judge to issue a summons, or explain how a judge might otherwise summons the parties in law. As put by Fitch J.A. in *Nowazek*, the peace bond provisions are “silent on the mechanics through which that appearance is to be achieved” (para. 84).

[44] It was argued before this Court that s. 788, which is within Part XXVII, provides a process by which a judge may issue a summons. Section 788 states:

Information

Commencement of proceedings

788 (1) Proceedings under this Part shall be commenced by laying an information in Form 2.

One justice may act before the trial

(2) Notwithstanding any other law that requires an information to be laid before or to be tried by two or more justices, one justice may

- (a) receive the information;

En toute déférence, je ne suis pas d'accord pour dire que les dispositions citées créent un [TRADUCTION] « régime [. . .] pour traiter les dénonciations visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public ». Nulle part dans les dispositions relatives à l'engagement de ne pas troubler l'ordre public ni ailleurs à la partie XXVII la loi ne prévoit de mécanisme permettant de « faire comparaître les parties ». En concluant que la partie XVI ne s'appliquait pas aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public, la Cour d'appel n'a pas expliqué comment un juge de la cour provinciale pouvait faire comparaître le défendeur.

[43] La Cour d'appel a écrit : [TRADUCTION] « . . . le but, en pratique, est de permettre au juge de faire comparaître en même temps le dénonciateur et le défendeur en les assignant à la même date pour faciliter le déroulement de l'instance » (par. 49). La Cour d'appel n'a pas signalé une autre disposition de la partie XXVII du *Code criminel* qui permettrait à un juge de délivrer une sommation et elle n'a pas expliqué comment un juge pourrait autrement assigner légalement les parties. Comme le juge Fitch l'a expliqué dans l'arrêt *Nowazek*, les dispositions relatives à l'engagement de ne pas troubler l'ordre public sont [TRADUCTION] « muettes sur le mécanisme par lequel on peut faire comparaître les parties » (par. 84).

[44] On a prétendu devant nous que l'art. 788, qui figure à la partie XXVII, prévoit une procédure par laquelle un juge peut délivrer une sommation. L'article 788 dispose :

Dénonciation

Commencement des procédures

788 (1) Les procédures prévues à la présente partie débutent par le dépôt d'une dénonciation rédigée selon la formule 2.

Un seul juge de paix peut agir avant le procès

(2) Nonobstant toute autre loi exigeant qu'une dénonciation soit faite devant deux ou plusieurs juges de paix ou jugée par eux, un juge de paix peut :

- a) recevoir la dénonciation;

(b) issue a summons or warrant with respect to the information; and

(c) do all other things preliminary to the trial.

[45] With respect, I fail to see how this provision provides support for the argument that Part XVI does not apply to peace bond proceedings. Section 788(1) prescribes the Form to be used in laying an Information under Part XXVII. In my view, s. 788(2) and the subsequent paragraphs do not empower a judge to issue a summons or a warrant with respect to a peace bond proceeding. Rather, s. 788(2) simply clarifies that where two or more justices are otherwise required by law to receive an Information, issue a summons or a warrant, or “do all other things preliminary to the trial”, *one justice* may act with respect to proceedings under this Part.

[46] If s. 788(2) created a stand-alone power to issue a summons or a warrant, then it would be redundant in light of s. 795 which specifically incorporates into Part XXVII the provisions of Part XVI with respect to compelling appearance. Not only does s. 788 fail to provide a mechanism to cause the parties to appear, it provides further evidence that the power to summons and to issue a warrant for arrest, both of which appear under s. 507 in Part XVI, are intended to apply to Part XXVII.

[47] Even if I were to accept that the arrest and JIR provisions do not apply to peace bond proceedings, a judge would still need to resort to Part XVI in order to issue a summons (pursuant to s. 507(4)). Nowhere in Part XXVII is the power granted to a judge to issue process to cause a defendant to appear.

b) émettre une sommation ou un mandat à l’égard de la dénonciation;

c) accomplir toutes autres choses préliminaires au procès.

[45] Soit dit en tout respect, je ne vois pas comment cette disposition permet d’affirmer que la partie XVI ne s’applique pas aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Le paragraphe 788 (1) prescrit le formulaire à utiliser pour déposer une dénonciation sous le régime de la partie XXVII. À mon avis, le par. 788(2) et les paragraphes suivants n’autorisent pas un juge à délivrer une sommation ou un mandat à l’égard d’une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Le paragraphe 788(2) précise simplement que, lorsque deux ou plusieurs juges de paix sont par ailleurs légalement tenus de recevoir une dénonciation, de délivrer une sommation ou un mandat ou d’« accomplir toutes autres choses préliminaires au procès », *l’un ou l’autre* peut agir relativement aux procédures prévues à la partie XXVII.

[46] Si le par. 788(2) créait un pouvoir distinct de délivrer une sommation ou un mandat, il serait alors superflu, compte tenu de l’art. 795, qui incorpore expressément à la partie XXVII les dispositions de la partie XVI relatives aux mesures visant à contraindre une partie à comparaître. Or, non seulement l’art. 788 ne prévoit-il pas de mécanisme permettant de faire comparaître les parties, il confirme que le pouvoir d’assigner des parties et celui de délivrer un mandat d’arrestation, qui figurent tous les deux à l’art. 507 de la partie XVI, sont censés s’appliquer à la partie XXVII.

[47] Même si je devais accepter que les dispositions relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne s’appliquent pas aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public, il faudrait quand même que le juge ait recours à la partie XVI pour délivrer une sommation (en vertu du par. 507(4)). Nulle part la partie XXVII ne confère au juge le pouvoir de délivrer une sommation pour faire comparaître un défendeur.

[48] The provisions of Part XVI, with respect to compelling appearance, are not inconsistent with the peace bond provisions. To the contrary, they are necessary for the proper functioning of the scheme. Parliament would not have sought to create a scheme where a judge may hold a hearing to determine whether to order a defendant to enter into a recognizance to keep the peace, but make no provision whereby a judge can ensure the defendant attends the hearing. This would be an absurd outcome. The application of the JIR provisions flows from the power of arrest under s. 507. Where a defendant is arrested and detained, it follows that the judicial interim release scheme applies in order to release the defendant from custody. When applied with regard to the context and purpose of the peace bond scheme, the arrest and JIR provisions are a consistent and appropriate interim measure and necessary to the function and integrity of peace bond proceedings (*Budreo C.A.*, at para. 46).

[48] Les dispositions de la partie XVI concernant les moyens de contraindre un prévenu à comparaître ne sont pas incompatibles avec les dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public. Au contraire, elles sont nécessaires au bon fonctionnement du régime. Au risque de créer une situation absurde, le législateur n’aurait pas cherché à créer un régime permettant au juge de tenir une audience pour établir s’il y a lieu d’ordonner à un défendeur de contracter un engagement de ne pas troubler l’ordre public sans prévoir par ailleurs une disposition permettant au juge d’assurer également la présence du défendeur à l’audience. L’application des dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire découle du pouvoir d’arrestation prévu à l’art. 507. Dès lors qu’un défendeur est arrêté et détenu, il s’ensuit que le régime de mise en liberté provisoire par voie judiciaire s’applique pour permettre sa mise en liberté. Lorsqu’elles sont appliquées en tenant compte du contexte et de l’objet du régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public, les dispositions relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire constituent une mesure provisoire cohérente et appropriée, nécessaire au bon fonctionnement et à l’intégrité des procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public (*Budreo C.A.*, par. 46).

(3) “With any Necessary Modifications”

[49] Prior to 1985, what are now ss. 795 and 810(5) both included the phrase “*mutatis mutandis*”. Following the 1985 statute revision and consolidation, the language was changed to “with such modifications as the circumstances require” in the English version of both provisions (in the French version, the language was changed to “*compte tenu des adaptations de circonstance*” and later to “*avec les adaptations nécessaires*” in s. 795 and “*compte tenu des adaptations de circonstance*” in s. 810(5)). As explained by Professor Sullivan, there is a strong presumption against any change in the law following a revision, “because the purpose of a revision is to restate the law, not change it” (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 741, citing *Parrill v. Genge* (1997), 148 Nfld. & P.E.I.R. 91 (C.A.), at paras. 40-42). In 2011, the phrase “with such modifications as the circumstances require” in s. 795 was

(3) « avec les adaptations nécessaires »

[49] Avant 1985, les dispositions qui ont précédé l’art. 795 et le par. 810(5) employaient l’expression « *mutatis mutandis* ». À la suite de la révision et de la refonte des lois de 1985, cette expression a été remplacée par « *with such modifications as the circumstances require* » dans la version anglaise de ces deux dispositions (en français, l’expression à l’art. 795 a été changée pour « *compte tenu des adaptations de circonstance* » et, plus tard, pour « *avec les adaptations nécessaires* », tandis que l’expression au par. 810(5) a été remplacée par « *compte tenu des adaptations de circonstance* »). Comme l’explique la professeure Sullivan, il existe une forte présomption suivant laquelle la loi n’a pas été modifiée à la suite d’une révision [TRADUCTION] « parce que le but d’une révision est de reformuler la loi et non de la modifier » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 741, citant *Parrill c. Genge*

amended to read “with any necessary modifications” (there were no changes to the French version). In recent years, Parliament has preferred the more concise phrase, which bears the same meaning (for example, the same amendment was made to the English version of s. 83.3(14) in 2013; see also *Criminal Code*, ss. 83.29(4) and 715.37(4)). Accordingly, the traditional interpretation of *mutatis mutandis* should inform the interpretation of “with any necessary modifications”.

[50] The definition of *mutatis mutandis* was recently articulated by this Court in *Bessette v. British Columbia (Attorney General)*, 2019 SCC 31, [2019] 2 S.C.R. 535, meaning:

... “[w]ith the necessary changes in points of detail, meaning that matters or things are generally the same, but to be altered when necessary, as to names, offices, and the like” (*Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), at p. 1019; see also the *British Columbia Interpretation Act*, s. 44 (“mutatis mutandis”) and *Samograd v. Collison* (1995), 17 B.C.L.R. (3d) 51 (C.A.)). “[W]ith the necessary changes and so far as applicable” therefore cannot be stretched to mean “to the extent that another source of law does not contradict the *Criminal Code*. [Emphasis in original; para. 69.]

[51] The Court of Appeal held that the modifications to the statutory language required to apply the JIR provisions to peace bond proceedings extend beyond what is intended by *mutatis mutandis*, and would result in a substantive change that “would expand the power of arrest to an extent heretofore unacceptable in our law” (para. 56), citing Hinds J. in *Forrest*:

Here, the Crown is arguing that the provisions of s. 457 [now s. 515] can be applied through the use of the words

(1997), 148 Nfld. & P.E.I.R. 91 (C.A.), par. 40-42). En 2011, le passage « *with such modifications as the circumstances require* » figurant à la version anglaise de l’art. 795 a été remplacé par « *with any necessary modifications* » (ce passage n’a pas été modifié à ce moment dans la version française). Au cours des dernières années, le législateur a préféré la plus concise de ces versions, qui ont toutes deux le même sens (p. ex., la même modification a été apportée à la version anglaise du par. 83.3(14) en 2013; voir également *Code criminel*, par. 83.29(4) et 715.37(4)). Par conséquent, l’interprétation traditionnelle de l’expression *mutatis mutandis* devrait nous guider pour interpréter l’expression « avec les adaptations nécessaires ».

[50] La Cour a récemment expliqué le sens à donner à l’expression *mutatis mutandis* dans l’arrêt *Bessette c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2019 CSC 31, [2019] 2 R.C.S. 535 :

... Cette locution latine signifie « en changeant ce qui doit être changé, [et est] utilisée lorsqu’on veut appliquer une règle à un cas analogue, à la condition toutefois d’effectuer les adaptations qui s’imposent » (*Dictionnaire de droit québécois et canadien* (3^e éd. 2004), p. 387; voir aussi la *Interpretation Act*, art. 44 de la Colombie-Britannique (« *mutatis mutandis* ») et l’arrêt *Samograd c. Collison* (1995), 17 B.C.L.R. (3d) 51 (C.A.)). On ne saurait donc élargir le sens de « avec les adaptations nécessaires et dans la mesure où elles sont applicables » pour que cette expression signifie « dans la mesure où une autre source de droit ne contredit pas le *Code criminel* ». [par. 69.]

[51] La Cour d’appel a jugé que les modifications qu’il fallait apporter au libellé de la loi pour que les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire puissent s’appliquer aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public allaient au-delà de ce que l’on entendait par une application *mutatis mutandis* et qu’elles entraîneraient des modifications de fond qui [TRADUCTION] « élargiraient le pouvoir d’arrestation dans une mesure jusque-là inacceptable dans notre droit » (par. 56), citant les propos suivants tenus par le juge Hinds dans la décision *Forrest* :

[TRADUCTION] Dans le cas qui nous occupe, le ministère public soutient que les dispositions de l’art. 457

“*mutatis mutandis*” to convert a person not charged with anything — merely a person against whom proceedings have been initiated under s. 745 [now s. 810 to 810.2] — into the position of “an accused who is charged with an offence”. That is a change in substance and not “a change in points of detail”. In my view, the interpretation of the words “*mutatis mutandis*” cannot be extended to embrace a change in substance of the type contemplated in these proceedings. [para. 57 citing *Forrest*, at para. 17.]

[52] Respectfully, I disagree. The necessary modifications do not put a peace bond defendant in the place of an accused person. Rather, they adapt the procedures for compelling attendance to a preventive justice context. While this will be discussed in greater depth below, I pause to stress that the powers of arrest and judicial interim release are a means of last resort, and will only be available where it is demonstrated on reasonable grounds that it is necessary in the public interest to issue a warrant. The default process is the issuance of a summons (s. 507(4)).

[53] In my view, the necessary modifications when applying Part XVI to peace bond proceedings would simply substitute the appropriate variation of “defendant named in a peace bond Information” in place of any variation of “accused charged with an offence”, in accordance with the grammar of the provision. In doing so, the definition of “accused” in s. 493 need not be altered. I agree with the Court of Appeal that “a defendant to a peace bond proceeding is of an entirely different character than a defendant to a criminal charge” (para. 56). Instead of modifying the definition of an accused person, one need only modify the language in the relevant provisions to the extent necessary to bring the text into accord with the context and purpose of the peace bond scheme. These and other small substitutions are required for the arrest and JIR provisions to operate harmoniously with the peace bond scheme. For example, the provision under which a peace bond Information is sworn must stand in for an Information sworn under s. 504

[l’art. 515 actuel] peuvent être appliquées par l’emploi de l’expression *mutatis mutandis* pour transformer une personne qui n’est inculpée de rien — simplement une personne contre qui une instance a été introduite en vertu de l’art. 745 [les art. 810 à 810.2 actuels] — en un « prévenu inculpé d’une infraction ». Il s’agit d’une modification de fond et non d’un « changement portant sur des détails ». À mon avis, l’interprétation de l’expression *mutatis mutandis* ne peut être élargie pour englober un changement de fond de l’ampleur envisagée dans la présente instance. [par. 57, citant *Forrest*, par. 17]

[52] En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Les modifications nécessaires n’ont pas pour effet de mettre un défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public à la place d’un prévenu. Elles adaptent plutôt les moyens de contraindre quelqu’un à comparaître au contexte de la justice préventive. Même si nous allons analyser cette question en détail plus loin, je m’arrête un instant pour souligner que les pouvoirs d’arrestation et de mise en liberté provisoire par voie judiciaire constituent des mesures de dernier recours et qu’ils ne peuvent être exercés que si l’on démontre, avec motifs raisonnables à l’appui, que l’intérêt public commande la délivrance d’un mandat. La procédure applicable par défaut réside dans la délivrance d’une sommation (par. 507(4)).

[53] À mon avis, les modifications nécessaires pour pouvoir appliquer la partie XVI aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public ne feraient que substituer la version modifiée qui convient de l’expression « défendeur nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public » à toute variante des mots « prévenu inculpé d’une infraction », compte tenu de la grammaire de la disposition applicable. Pour ce faire, il n’est pas nécessaire de modifier la définition du terme « prévenu » à l’art. 493. Je conviens avec la Cour d’appel [TRADUCTION] « [qu’] un défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public est radicalement différent du défendeur qui doit répondre à une accusation criminelle » (par. 56). Au lieu de modifier la définition du terme « prévenu », il suffit de modifier le libellé des dispositions pertinentes dans la mesure nécessaire pour le faire concorder avec le contexte et l’objet du régime des engagements de ne pas troubler

(the initiating process for a criminal proceeding) to trigger the summons and arrest powers in s. 507 in a peace bond proceeding.

[54] To illustrate, I have indicated in brackets other necessary modifications to the text of s. 507 and s. 515.

Justice to hear informant and witnesses — public prosecutions

507(1) Subject to subsection 523(1.1), a justice who receives an information laid under [the applicable peace bond provision] by a peace officer, a public officer, the Attorney General or the Attorney General's agent, other than an information laid before the justice under section 505, shall, except if [a defendant named in a peace bond Information] has already been arrested with or without a warrant,

- (a) hear and consider, *ex parte*,
 - (i) the allegations of the informant, and
 - (ii) the evidence of witnesses, where he considers it desirable or necessary to do so; and
- (b) where he considers that a case for so doing is made out, issue, in accordance with this section, either a summons or a warrant for the arrest of the [defendant named in a peace bond Information] to compel the [defendant] to attend before him or some other justice for the same territorial division to answer to [the Information].

...

l'ordre public. Ces substitutions ainsi que d'autres petits réaménagements sont nécessaires pour que les dispositions relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquent de façon harmonieuse dans le cadre du régime des engagements de ne pas troubler l'ordre public. Par exemple, la disposition en vertu de laquelle une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public est déposée doit remplacer la dénonciation déposée en vertu de l'art. 504 (l'acte introductif d'une instance criminelle) pour que s'appliquent les pouvoirs de sommation et d'arrestation prévus à l'art. 507 dans le cadre d'une procédure d'engagement de ne pas troubler l'ordre public.

[54] Pour illustrer mon propos, j'ai indiqué entre crochets d'autres modifications nécessaires au libellé de l'art. 507 et de l'art. 515.

Le juge de paix entend le dénonciateur et les témoins — poursuites par le procureur général

507(1) Sous réserve du paragraphe 523(1.1), le juge de paix qui reçoit une dénonciation faite en vertu [des dispositions applicables en matière d'engagements de ne pas troubler l'ordre public] par un agent de la paix, un fonctionnaire public ou le procureur général ou son représentant, autre qu'une dénonciation faite devant lui en application de l'article 505, doit, sauf lorsqu'un [défendeur nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public] a déjà été arrêté avec ou sans mandat :

- a) entendre et examiner, *ex parte* :
 - (i) les allégations du dénonciateur,
 - (ii) les dépositions des témoins, s'il l'estime utile;
- b) lorsqu'il estime qu'on a démontré qu'il est justifié de le faire, décerner, conformément au présent article, une sommation ou un mandat d'arrestation pour obliger [le défendeur nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public] à comparaître devant lui ou un autre juge de la même circonscription territoriale pour répondre à [la dénonciation].

...

Summons to be issued except in certain cases

(4) Where a justice considers that a case is made out for compelling [a defendant] to attend before him to answer to [the Information], he shall issue a summons to the [defendant] unless the allegations of the informant or the evidence of any witness or witnesses taken in accordance with subsection (3) discloses reasonable grounds to believe that it is necessary in the public interest to issue a warrant for the arrest of the [defendant].

...

Order of release

515(1) Subject to this section, where a [defendant] who is [named in a peace bond Information] is taken before a justice, the justice shall . . . order, in respect of that [Information], that the [defendant] be released on his giving an undertaking without conditions, unless the prosecutor [or informant], having been given a reasonable opportunity to do so, shows cause, in respect of [a peace bond Information], why the detention of the [defendant] in custody is justified or why an order under any other provision of this section should be made and where the justice makes an order under any other provision of this section, the order shall refer only to the particular [Information] for which the [defendant] was taken before the justice.

[55] The Ontario Court of Appeal in *Budreo C.A.* similarly found that applying provisions relating to a charge against an accused (ss. 507 and 515) to a proceeding commenced by the laying of an Information (in that case, s. 810.1) is a “modification contemplated by s. 795 of the *Code*” (para. 62). See also *Cachine*, at paras. 23-24; *Wakelin*, at pp. 121-22.

[56] I agree with the Courts of Appeal in *Wakelin*, *Budreo C.A.* and *Cachine* that the required modifications are points in detail that are contemplated by s. 795 of the *Criminal Code*, and do not amount to substantive change in the law. The necessary modifications provide a procedure

Une sommation est décernée sauf dans certains cas

(4) Lorsque le juge de paix estime qu’on a démontré qu’il est justifié de contraindre [le défendeur] à être présent devant lui pour répondre à [la dénonciation], il décerne une sommation contre [le défendeur], à moins que les allégations du dénonciateur ou les dépositions d’un ou des témoins recueillies en conformité avec le paragraphe (3) ne révèlent des motifs raisonnables de croire qu’il est nécessaire, dans l’intérêt public, de décerner un mandat pour l’arrestation du [défendeur].

...

Mise en liberté sur remise d’une promesse

515(1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, lorsqu’un [défendeur] qui est [nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public] est conduit devant un juge de paix, celui-ci doit [. . .] ordonner que le [défendeur] soit mis en liberté à l’égard de cette [dénonciation], pourvu qu’il remette une promesse sans condition, à moins que le poursuivant [ou le dénonciateur], ayant eu la possibilité de le faire, ne fasse valoir à l’égard de cette [dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public] des motifs justifiant la détention du [défendeur] sous garde ou des motifs justifiant de rendre une ordonnance aux termes de toute autre disposition du présent article et lorsque le juge de paix rend une ordonnance en vertu d’une autre disposition du présent article, l’ordonnance ne peut se rapporter qu’à [la dénonciation] au sujet de laquelle le [défendeur] a été conduit devant le juge de paix.

[55] Dans l’arrêt *Budreo C.A.*, la Cour d’appel de l’Ontario a également conclu que l’application des dispositions relatives aux accusations portées contre un prévenu (art. 507 et 515) à une instance introduite au moyen du dépôt d’une dénonciation (dans cette affaire, l’art. 810.1) constituait une [TRANSDUCTION] « modification envisagée par l’art. 795 du *Code* » (par. 62). Voir également *Cachine*, par. 23-24; *Wakelin*, p. 121-122.

[56] Je fais mienne l’opinion des cours d’appel dans les arrêts *Wakelin*, *Budreo C.A.* et *Cachine* selon laquelle les modifications requises ne portent que sur des détails, qu’elles sont envisagées par l’art. 795 du *Code criminel* et qu’elles n’emportent pas des changements de fond quant au droit. Les modifications

to give effect to the phrase “cause the parties to appear” in s. 810.2(2).

[57] The Court of Appeal in the instant case also looked to s. 507.1(9) to support its conclusion that Part XVI was not intended to apply to peace bond proceedings. Section 507.1 sets out additional procedures to be followed before a summons or a warrant is issued where the Information is laid by a member of the public (i.e., a private prosecution). Section 507.1(9) provides that these procedures “do not apply in respect of an information laid under section 810 or 810.1”. Section 507.1(9), read in context, simply expresses an intention that the more onerous screening mechanism provided for in s. 507.1 does not apply to ss. 810 or 810.1 where an Information is sworn by a member of the public. I endorse the view of Fitch J.A. in *Nowazek*: the exclusion of certain peace bond provisions from the additional procedures of s. 507.1 has no bearing on the application of the arrest and JIR provisions to the peace bond scheme as a whole. He wrote:

The enactment of s. 507.1(9) does nothing, in my view, to detract from the authoritativeness of *Allen*, *Wakelin*, and *Budreo*. It appears that s. 507.1(9) simply exempts proceedings under ss. 810 and 810.1 from the additional safeguards for private prosecutions in s. 507.1, even where the s. 810 or 810.1 information is laid by a member of the public. Trotter J. (as he then was) reached the same result in *R. v. Konjarski*, 2015 ONSC 3999 (Ont. S.C.J.), at para. 6:

Proceedings under s. 810 are different from the more elaborate procedure under s. 507.1 ... Section 507.1 provides for a pre-enquete hearing before process may issue ... However, this procedure does not apply to proceedings under s. 810 (see s. 507.1(9)).

nécessaires créent une procédure pour donner effet à l’expression « faire comparaître les parties » au par. 810.2(2).

[57] En l’espèce, la Cour d’appel s’est également tournée vers le par. 507.1(9) pour justifier sa conclusion que la partie XVI n’était pas censée s’appliquer aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public. L’article 507.1 prévoit des démarches supplémentaires à accomplir avant qu’une sommation ou un mandat puissent être délivrés lorsque la dénonciation est déposée par un simple citoyen (c.-à-d. dans le cas d’une poursuite privée). Le paragraphe 507.1(9) prévoit que ces procédures « ne s’appliquent pas à la dénonciation déposée au titre des articles 810 ou 810.1 ». Lorsqu’on le replace dans son contexte, le par. 507.1(9) exprime simplement la volonté que le mécanisme de contrôle plus onéreux prévu à l’art. 507.1 ne s’applique pas aux art. 810 et 810.1 lorsqu’une dénonciation est déposée par un simple citoyen. Je souscris à l’opinion formulée par le juge Fitch dans l’arrêt *Nowazek* : l’exclusion de certaines dispositions relatives à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public des formalités supplémentaires prévues à l’art. 507.1 n’a aucune incidence sur l’application des dispositions relatives à l’arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire au régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public dans son ensemble. Voici ce que le juge Fitch écrit à ce propos :

[TRADUCTION] L’édiction du par. 507.1(9) n’enlève rien, à mon avis, à l’autorité des arrêts *Allen*, *Wakelin* et *Budreo*. Il semble que le par. 507.1(9) soustrait simplement les procédures intentées au titre des art. 810 et 810.1 aux garanties supplémentaires dont bénéficient les poursuites privées visées à l’art. 507.1, même lorsque la dénonciation visée à l’art. 810 et 810.1 est déposée par un simple citoyen. Le juge Trotter (plus tard juge à la Cour d’appel) est parvenu au même résultat dans le jugement *R. c. Konjarski*, 2015 ONSC 3999 (C.S.J. Ont.), au par. 6 :

Les procédures visées par l’art. 810 sont différentes de la procédure plus complexe prévue à l’art. 507.1 [. . .] L’article 507.1 prévoit la tenue d’une audience préalable à l’enquête avant qu’une sommation ou un mandat puisse être délivré [. . .] Toutefois, cette procédure ne s’applique pas aux procédures visées par l’art. 810 (voir par. 507.1(9)).

In my view, the enactment of s. 507.1(9) did not change the law in relation to compelling a defendant's appearance in proceedings under s. 810.1. [para. 83]

Without deciding the issue, the exclusion of ss. 810 and 810.1 from the procedures of s. 507.1 suggests that privately sworn Informations under these provisions proceed pursuant to s. 507. At any rate, Parliament has contemplated and specifically excluded the application of certain procedures under Part XVI to two specific peace bonds. This exclusion implies that Parliament intended Part XVI to otherwise apply to peace bond proceedings. Had Parliament intended that Part XVI have no application to the peace bond scheme, s. 507.1(9) would be unnecessary.

[58] When the Honourable Allan Rock, Minister of Justice and Attorney General, introduced the Bill containing the peace bond provision in the instant case to the Standing Committee on Justice and Legal Affairs, he expressly referenced the Ontario Superior Court decision of Then J. in *Budreo S.C.*, which held that the JIR provisions apply to peace bond proceedings:

After section 810.1 was enacted, it was invoked in the case of a man named Wray Boudreo [*sic*].

Judgment in that case was rendered in January of this year and we took into account that judgment in preparing the provisions of section 810.2 as they appear in Bill C-55.

House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Evidence*, No. 88, 2nd Sess., 35th Parl., December 3, 1996, at p. 88:4 (Hon. Allan Rock)

À mon avis, l'édiction du par. 507.1(9) n'a pas modifié les règles de droit en ce qui a trait aux moyens de contraindre un défendeur à comparaître dans le cadre des procédures introduites en vertu de l'art. 810.1. [par. 83]

Sans trancher la question, l'exclusion des art. 810 et 810.1 des procédures prévues à l'art. 507.1 donne à penser que les dénonciations déposées à titre privé en vertu de ces dispositions sont examinées sous le régime de l'art. 507. En tout état de cause, le législateur a envisagé et expressément écarté l'application de certaines des procédures de la partie XVI dans le cas de deux engagements de ne pas troubler l'ordre public précis. Cette exclusion signifie donc que le législateur voulait que la partie XVI s'applique par ailleurs aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public. Si le législateur voulait que la partie XVI ne s'applique pas au régime des engagements de ne pas troubler l'ordre public, le par. 507.1(9) serait inutile.

[58] Lorsque l'hon. Allan Rock, ministre de la Justice et procureur général, a présenté au Comité permanent de la justice et des questions juridiques le projet de loi qui renfermait la disposition sur l'engagement de ne pas troubler l'ordre public qui nous intéresse en l'espèce, il a expressément mentionné la décision rendue par la Cour supérieure de justice dans l'affaire *Budreo C.S.*, dans laquelle le juge Then avait déclaré que les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquaient aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public :

Après sa promulgation, le paragraphe 810.1 a été invoqué dans l'affaire d'un dénommé Wray Boudreo [*sic*].

Le jugement de cette affaire a été rendu en janvier de cette année et nous en avons tenu compte dans les dispositions du paragraphe 810.2 du projet de loi C-55.

Chambre des communes, Comité permanent de la justice et questions juridiques, *Témoignages*, n° 88, 2^e sess., 35^e lég., 3 décembre 1996, p. 88:4 (l'hon. Allan Rock)

[59] Parliament is presumed to have knowledge of the prevailing case law (2747-3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 238). In this case, the express reference and endorsement by the Attorney General of Then J.'s lengthy and detailed judgement in *Budreo S.C.* is evidence which, in my view, reinforces the view that Parliament intended the arrest and JIR provisions under Part XVI to apply to peace bond proceedings.

F. *The Proper Application of Part XVI to Peace Bond Proceedings*

[60] Having found that, via the incorporating provisions of ss. 810(5) and 795, the arrest and JIR provisions in Part XVI apply to peace bond proceedings, I turn now to the proper interpretation of these provisions in the context of peace bond proceedings. This interpretation is informed by the context and purpose of peace bonds, and the competing interests of protecting public safety and safeguarding the liberty of the defendant, who is not accused of any criminal offence.

[61] As discussed above, the peace bond is an instrument of preventive justice, based on the reasonable fear of the informant, rather than the guilt of the defendant. I agree with the respondent that though it is a valid expression of the criminal law power, the peace bond resembles to a certain extent a civil injunction (R.F., at para. 8). As noted by de Villiers Prov. Ct. J. in *R. v. Gill*, [1991] B.C.J. No. 3255 (QL):

It is true that the effect of a recognizance is to restrict the liberty of the defendant somewhat, but, as in the case of a civil injunction that restrains a defendant from committing

[59] Le législateur est présumé avoir connaissance de l'ensemble du droit pertinent (2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, par. 238). Dans le cas qui nous occupe, le fait que le procureur général a expressément mentionné et approuvé le jugement étoffé rendu par le juge Then dans l'affaire *Budreo C.S.* confirme à mon avis que le législateur voulait que les dispositions de la partie XVI relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquent aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public.

F. *Application adéquate de la partie XVI aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public*

[60] Ayant conclu que, par le truchement des dispositions d'incorporation par renvoi que sont le par. 810(5) et l'art. 795, les dispositions de la partie XVI relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire s'appliquent aux procédures d'engagement de ne pas troubler l'ordre public, je passe maintenant à l'interprétation qu'il convient de donner à ces dispositions dans le contexte de telles procédures. Cette interprétation tient compte du contexte et de l'objet des engagements de ne pas troubler l'ordre public, ainsi que des intérêts contradictoires consistant, d'une part, à protéger le public et, d'autre part, à préserver la liberté du défendeur, qui n'est inculpé d'aucune infraction criminelle.

[61] Comme je l'ai déjà expliqué, l'engagement de ne pas troubler l'ordre public est un instrument de justice préventive fondé sur la crainte raisonnable du dénonciateur plutôt que sur la culpabilité du défendeur. Je suis d'accord avec l'intimé pour dire que, même s'il s'agit d'une expression valide du pouvoir de légiférer en matière de droit criminel, l'engagement de ne pas troubler l'ordre public s'apparente jusqu'à un certain point à une injonction civile (m.i., par. 8). Comme le fait remarquer le juge de la Cour provinciale de Villiers dans le jugement *R. c. Gill*, [1991] B.C.J. No. 3255 (QL) :

[TRADUCTION] Il est vrai que cet engagement a pour effet de restreindre quelque peu la liberté du défendeur, mais, tout comme dans le cas d'une injonction civile qui

a tort, that may also be a crime, the recognizance is not in its essence a restriction of lawful activity. [p. 6]

Like a civil injunction, there is often a sense of urgency to have the matter heard and, where the fear is reasonably founded, to impose conditions on the defendant by recognizance to protect the public. Where a merits hearing is postponed because the defendant requests an adjournment for counsel or there is some unavoidable delay, the very fear sworn to in the peace bond Information may go unaddressed in the interim. Adjournments can undermine the very purpose of the application (see Neumann, at p. 184). Ultimately, a balance must be struck between the right to liberty of a defendant to a peace bond Information, and the public protection concerns which animate these proceedings. Thus, the application of the arrest and JIR provisions must be guided by the policy objectives of timely and effective justice, and minimal impairment of liberty.

(1) A Justice May Cause the Parties to Appear

[62] The initiating process of a peace bond application is the swearing of an Information before a provincial court judge (or justice of the peace in the case of a s. 810 peace bond) by an informant who has reasonable fear that certain offences will be committed (see, e.g., s. 810.2(1)). Three of the peace bond provisions require the consent of the Attorney General (or his or her delegate) to lay an Information. Where the Attorney General considers the complaint to be unmeritorious, he or she may withhold their discretion and the process ends there. Where the Attorney General consents (or where consent is not required), the justice who receives the Information may cause the parties to appear.

empêche le défendeur de commettre un délit civil qui peut aussi être un crime, cet engagement ne constitue pas en soi une restriction à une activité licite. [p. 6]

Comme dans le cas d'une injonction civile, il y a souvent un sentiment d'urgence à faire instruire l'affaire et, lorsque la crainte est raisonnablement fondée, à imposer au défendeur des conditions au moyen d'un engagement dans le but de protéger le public. Lorsque l'audience sur le fond est reportée parce que le défendeur demande un ajournement pour pouvoir retenir les services d'un avocat ou lorsqu'il y a un retard inévitable, la crainte même visée par la dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public risque d'être occultée dans l'intervalle. L'ajournement est susceptible d'aller à l'encontre de l'objet même de la demande (voir Neumann, p. 184). En fin de compte, il faut trouver un équilibre entre le droit à la liberté du défendeur qui fait l'objet d'une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public et les craintes relatives à la protection du public qui sont à l'origine de cette procédure. Par conséquent, l'application des dispositions relatives à l'arrestation et à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire doit être guidée par les objectifs de principe que constituent une justice rapide et efficace et une atteinte minimale à la liberté.

(1) Un juge de paix peut faire comparaître les parties

[62] L'acte introductif d'instance d'une demande d'engagement de ne pas troubler l'ordre public est une dénonciation faite sous serment devant un juge de la cour provinciale (ou devant un juge de paix dans le cas d'un engagement visé à l'art. 810) par un dénonciateur qui a des motifs raisonnables de craindre la perpétration de certaines infractions (voir, p. ex., par. 810.2(1)). Trois des dispositions relatives à l'engagement de ne pas troubler l'ordre public exigent le consentement du procureur général (ou de son délégué) pour qu'une dénonciation puisse être déposée. Lorsque le procureur général estime que la plainte n'est pas fondée, il peut refuser d'exercer son pouvoir discrétionnaire, et le dossier est alors clos. Lorsque le procureur général donne son consentement — ou lorsque son consentement n'est pas requis —, le juge de paix qui reçoit la dénonciation peut faire comparaître les parties.

[63] When exercising the discretion whether to hold a hearing, the justice must consider whether the fear sworn to in the Information is reasonably held. It was raised before this Court that the peace bond under s. 810.2 is a “tool . . . often used when an offender is nearing their warrant expiry”, or shortly after an individual has completed a custodial sentence, as was the case with Mr. Penunsi himself (I.F., Attorney General of Ontario, at para. 13; see also *R. v. Schafer*, 2018 YKTC 12, at paras. 38-39). Initiating a s. 810.2 peace bond proceeding upon a person’s release from prison risks a further deprivation of liberty after the completion of a sentence already determined to be proportionate. Without further evidence that the feared conduct will occur (for example, the existence of threats or other violent conduct while in custody) a fear based solely on the offence for which a defendant is serving a sentence will not be sufficient. A s. 810.2 peace bond ordered on that basis alone would be improper. It would serve as a *de facto* probation order, not as a prospective tool of preventative justice.

[64] Where the justice exercises his or her discretion to cause the parties to appear, he or she will proceed to Part XVI of the *Criminal Code*. Part XVI “creates a ladder of increasingly coercive measures” to compel appearance of a defendant before a court (*Nowazek*, at para. 58). At the low end of the ladder is a summons or an appearance notice issued by a peace officer (Form 9 of the *Criminal Code*). Higher up the ladder is arrest, and release by an officer in charge on an undertaking or recognizance (s. 499). Higher still is detention and judicial interim release, which as I will explain, must be guided by this Court’s ruling in *R. v. Antic*, 2017 SCC 27, [2017] 1 S.C.R. 509 (s. 515). What follows is practical guidance on how and when these various procedures should apply with

[63] Lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire afin de décider de l’opportunité de tenir ou non une audience, le juge de paix doit se demander si la crainte attestée dans la dénonciation est raisonnablement fondée. Il a été porté à l’attention de la Cour que l’engagement de ne pas troubler l’ordre public prévu à l’art. 810.2 est un [TRADUCTION] « outil [. . .] souvent utilisé lorsque l’expiration du mandat d’un contrevenant approche » ou peu de temps après qu’une personne a terminé de purger sa peine d’emprisonnement, comme c’était le cas de M. Penunsi (m.i., procureure générale de l’Ontario, par. 13; voir également *R. c. Schafer*, 2018 YKTC 12, par. 38-39). Entreprendre une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public en vertu de l’art. 810.2 dès qu’une personne est libérée de prison risque d’entraîner une privation de liberté qui s’ajouterait au fait d’avoir purgé une peine déjà considérée comme proportionnée. Si aucune autre preuve ne permet de conclure que la crainte se concrétisera (par exemple, le fait pour le défendeur d’avoir proféré des menaces ou adopté un comportement violent pendant sa détention), une crainte fondée uniquement sur l’infraction pour laquelle le défendeur purge sa peine ne sera pas suffisante. Il ne serait pas approprié d’ordonner un engagement de ne pas troubler l’ordre public au titre de l’art. 810.2 sur cette base. L’engagement ferait alors office d’ordonnance de probation *de facto* et non d’outil prospectif visant à favoriser la justice préventive.

[64] Après avoir exercé son pouvoir discrétionnaire pour faire comparaître les parties, le juge de paix passe à la partie XVI du *Code criminel*. La partie XVI [TRADUCTION] « crée une échelle de mesures de plus en plus coercitives » pour contraindre un défendeur à comparaître devant le tribunal (*Nowazek*, par. 58). À l’échelon le plus bas, on trouve une sommation ou une citation à comparaître délivrée par un agent de la paix (Formule 9 du *Code criminel*). À l’échelon suivant se trouvent l’arrestation et la mise en liberté par un fonctionnaire responsable sur promesse de comparaître ou engagement (art. 499). À l’échelon supérieur se trouvent la détention et la mise en liberté provisoire par voie judiciaire qui, comme je l’explique plus loin, doivent tenir compte de l’arrêt rendu par la Cour dans l’affaire *R. c. Antic*,

respect to a defendant named in a peace bond Information.

(a) *Summons*

[65] The default process for compelling attendance is the issuance of a summons. Section 507(4) states (with the necessary modifications) that a justice *shall* issue a summons unless he or she is satisfied, on the allegations or the evidence of the informant, that there are reasonable grounds to believe that it is necessary in the public interest to issue a warrant for the arrest of the defendant. If an arrest warrant is issued and executed, s. 503 states that the person shall be “taken before a justice to be dealt with according to law”. As discussed below, once the person is “taken before a justice”, s. 515 applies (*Nowazek*, at para. 61).

[66] Where a defendant appears before a justice pursuant to a summons and the hearing is adjourned, the justice has no jurisdiction to impose interim conditions pending the merits hearing. I agree with Fitch J.A.’s interpretation that

[a] summoned defendant is neither in custody nor “taken before a justice”. By contrast, the defendants in *Allen*, *Wakelin*, *Budreo*, and *Cachine* were arrested and, once taken before a justice, s. 515 governed their release pending the hearing of the Crown’s application for a recognizance.

(*Nowazek*, at para. 88; see also *R. v. Goikhberg*, 2014 QCCS 3891, at para. 85 (CanLII); *R. v. Hebert* (1984), 54 N.B.R. (2d) 251 (C.A.).)

[67] If new information comes to light after the issuance of a summons, including at the initial hearing, which information raises concerns regarding the risk

2017 CSC 27, [2017] 1 R.C.S. 509 (art. 515). Les paragraphes ci-après constituent un guide pratique pour savoir comment et quand ces divers moyens devraient s’appliquer à l’égard du défendeur nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public.

a) *La sommation*

[65] La procédure applicable par défaut pour contraindre une personne à comparaître réside dans la délivrance d’une sommation. Le paragraphe 507(4) dispose (avec les modifications nécessaires) que, à moins d’être convaincu, à la lumière des allégations ou des dépositions du dénonciateur, qu’il existe des motifs raisonnables de croire qu’il est nécessaire, dans l’intérêt public, de décerner un mandat pour l’arrestation du défendeur, le juge de paix *décerne* une sommation. Lorsqu’un mandat d’arrestation est décerné et exécuté, l’intéressé est, selon l’art. 503, conduit « devant un juge de paix pour [être] trait[é] selon la loi ». Comme il est expliqué plus loin, une fois que la personne est « conduite devant un juge de paix », l’art. 515 s’applique (*Nowazek*, par. 61).

[66] Lorsqu’un défendeur comparaît devant le juge de paix conformément à une sommation et que l’audience est reportée, le juge de paix n’a pas compétence pour imposer des conditions provisoires en attendant l’audience sur le fond. Je suis d’accord avec le juge Fitch lorsqu’il affirme ce qui suit :

[TRADUCTION] Le défendeur visé par une sommation n’est ni détenu ni « conduit devant un juge de paix ». En revanche, dans les affaires *Allen*, *Wakelin*, *Budreo* et *Cachine*, les défendeurs avaient été arrêtés et, une fois qu’ils avaient été conduits devant un juge de paix, l’art. 515 régissait leur mise en liberté jusqu’à l’audition de la demande présentée par le ministère public en vue d’obtenir un engagement de ne pas troubler l’ordre public.

(*Nowazek*, par. 88; voir également *R. c. Goikhberg*, 2014 QCCS 3891, par. 85 (CanLII); *R. c. Hebert* (1984), 54 R. N.-B. (2e) 251 (C.A.).)

[67] Si l’on découvre des faits nouveaux après que la sommation a été décernée, notamment au cours de l’audience initiale, et que ces faits soulèvent des

the defendant poses to the public or the likelihood of his or her attendance at the proceeding, an arrest warrant may be sought at that time. Once the defendant is arrested, the court will have jurisdiction to apply the JIR provisions (see, e.g., *Budreo C.A.*). However, there must be a material change to justify the need for arrest; the mere fact of an adjournment of the proceedings will not be sufficient to issue a warrant. The test for an issuance of a warrant under s. 507(4), and interpreted in light of the unique context of the peace bond defendant, must still be met.

(b) *Warrant for Arrest*

[68] Given the unique circumstances of the peace bond defendant as a person accused of no crime, it is the responsibility of every justice system participant to guard against the deprivation of the defendant's liberty unless absolutely necessary. In the words of Iacobucci J., writing in dissent:

At the heart of a free and democratic society is the liberty of its subjects. Liberty lost is never regained and can never be fully compensated for; therefore, where the potential exists for the loss of freedom for even a day, we, as a free and democratic society, must place the highest emphasis on ensuring that our system of justice minimizes the chances of an unwarranted denial of liberty.

(*R. v. Hall*, 2002 SCC 64, [2002] 3 S.C.R. 309, at para. 47)

[69] Where an Information is laid before a justice and he or she finds that there are “reasonable grounds to believe that it is necessary in the public interest”, he or she may issue a warrant for the defendant's arrest. This phrase must be interpreted in light of the context (where the subject is not suspected of having committed a criminal offence) and the purpose (to

préoccupations au sujet du risque que le défendeur présente pour le public ou des doutes quant à sa présence à l'audience, un mandat d'arrestation peut alors être demandé. Une fois que le défendeur a été arrêté, la cour a compétence pour appliquer les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire (voir, p. ex., *Budreo C.A.*). Cependant, la nécessité de l'arrestation doit être démontrée par la survenance d'un changement important; le simple fait qu'il y a report de l'audience ne suffira pas pour justifier la délivrance d'un mandat d'arrestation. Il faut encore satisfaire au test relatif à la délivrance d'un mandat au titre du par. 507(4), interprété en fonction de la situation unique du défendeur à une procédure d'engagement de ne pas troubler l'ordre public.

b) *Le mandat d'arrestation*

[68] Compte tenu de la situation unique du défendeur à une procédure d'engagement de ne pas troubler l'ordre public en tant que personne inculpée d'aucun crime, il incombe à toute personne associée au système judiciaire de veiller à ce que le défendeur ne soit pas privé de liberté, sauf en cas d'absolue nécessité. Ainsi que l'a expliqué le juge Iacobucci, dissident :

La liberté du citoyen est au cœur d'une société libre et démocratique. La liberté perdue est perdue à jamais et le préjudice qui résulte de cette perte ne peut jamais être entièrement réparé. Par conséquent, dès qu'il existe un risque de perte de liberté, ne serait-ce que pour une seule journée, il nous incombe, en tant que membres d'une société libre et démocratique, de tout faire pour que notre système de justice réduise au minimum le risque de privation injustifiée de liberté.

(*R. c. Hall*, 2002 CSC 64, [2002] 3 R.C.S. 309, par. 47)

[69] Le juge de paix saisi d'une dénonciation peut décerner un mandat pour l'arrestation du défendeur s'il estime qu'il existe « des motifs raisonnables de croire qu'il est nécessaire, dans l'intérêt public », de le faire. Cette expression doit être interprétée à la lumière du contexte (où l'intéressé n'est pas soupçonné d'avoir commis une infraction criminelle)

bring the subject forward to a hearing) of the provision operating within the peace bond scheme. I agree with the Courts of Appeal in *Budreo C.A.* and *Nowazek* that instances when it will be

“necessary in the public interest” to issue an arrest warrant will be limited to cases in which proceeding in this fashion is necessary to preserve the integrity of the [peace bond] proceedings. This will only be so when a case has been made out by the informant that the defendant will not otherwise attend court or that the defendant poses an imminent risk

(*Nowazek*, at para. 82 (emphasis added), citing *Budreo C.A.*, at para. 66. See also *Cachine*, at para. 26.)

[70] When determining whether a defendant might fail to abide by a summons, the usual factors considered under the primary ground of pre-trial detention are useful guidance. If the defendant does not have roots in the community, or if he or she has a history of failing to attend court as established on his or her criminal record, these will be strong factors militating in favour of issuing an arrest warrant (see, e.g., *R. v. Hall* (1996), 138 Nfld. & P.E.I.R. 80 (C.A.); *R. v. Walsh*, 2015 ABCA 385, at para. 6 (CanLII)).

[71] Where there is no indication that the defendant will fail to attend court pursuant to a summons, the justice must be satisfied that there is an imminent risk of the harm contemplated by the relevant peace bond provision before issuing an arrest warrant. For example, where an Information is sworn under s. 810.2(1), there must be an imminent risk of serious personal injury before an arrest warrant may be issued. In order to be satisfied that the defendant poses an imminent risk, the informant or prosecutor must be able to establish with sufficient specificity the particulars of the risk posed by the defendant. Imminent risk is not a generalized risk based on the defendant’s record. An imminent risk is an urgent or immediate risk. While not every peace bond provision requires the informant to name the victim of the

et de l’objet (faire comparaître l’intéressé à une audience) de la disposition applicable dans le cadre du régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public. Je suis d’accord avec les cours d’appel qui ont rendu les arrêts *Budreo C.A.* et *Nowazek* lorsqu’elles affirment que

[TRADUCTION] « [les situations dans lesquelles il sera] nécessaire, dans l’intérêt public » de décerner un mandat d’arrestation se limiteront aux cas où cette mesure s’impose pour préserver l’intégrité de l’instance [relative à l’engagement de ne pas troubler l’ordre public]. Il en sera ainsi uniquement lorsque le dénonciateur a établi que le défendeur ne comparaitra pas devant le tribunal si cette mesure n’est pas prise ou qu’il présente un risque imminent

(*Nowazek*, par. 82 (je souligne), citant *Budreo C.A.*, par. 66. Voir également *Cachine*, par. 26.)

[70] Pour établir s’il existe un risque que le défendeur ne se conforme pas à une sommation, il est utile de s’inspirer des facteurs habituels dont on tient compte pour établir le motif principal justifiant la détention avant le procès. Si le défendeur n’a pas tissé de liens avec la collectivité ou si son casier judiciaire révèle qu’il a, par le passé, omis de se présenter devant le tribunal, il s’agirait là d’éléments qui militent fortement en faveur de la délivrance d’un mandat d’arrestation contre lui (voir, p. ex., *R. c. Hall* (1996), 138 Nfld. & P.E.I.R. 80 (C.A.); *R. c. Walsh*, 2015 ABCA 385, par. 6 (CanLII)).

[71] Lorsque rien n’indique que le défendeur ne se conformera pas à une sommation l’obligeant à comparaître devant le tribunal, le juge de paix doit être convaincu de l’existence d’un risque imminent que soit causé le préjudice envisagé par la disposition pertinente concernant l’engagement de ne pas troubler l’ordre public avant de décerner un mandat d’arrestation. Par exemple, lorsqu’une dénonciation est déposée en vertu du par. 810.2(1), il doit y avoir un risque imminent que des sévices graves soient causés à autrui avant qu’un mandat d’arrestation puisse être décerné. Afin que le juge de paix soit convaincu que le défendeur présente un risque imminent, le dénonciateur ou le poursuivant doit pouvoir établir avec suffisamment de précision les caractéristiques spécifiques du risque en question. Un risque

feared violence, it is difficult to conceive of a situation where imminent risk can be established without reference to an identifiable person or group at risk of being harmed for the purposes of issuing an arrest warrant (see *Smith v. Jones*, [1999] 1 S.C.R. 455, at para. 84, regarding what constitutes imminent risk in the context of the public safety exception to solicitor-client privilege).

[72] Where either of these elements are established on a balance of probabilities, a judge may issue a warrant for the arrest of the defendant.

Release by Peace Officer

[73] While placing a person under arrest inherently infringes his or her liberty, the infringement should be minimized to the extent possible. Under s. 507(6), the issuing justice may endorse an arrest warrant to authorize a peace officer to release the defendant on conditions or an undertaking (s. 507(6) and s. 499). An “Officer in Charge” recognizance pursuant to s. 499 is a mechanism that can be used to further the purpose of the peace bond (by placing the defendant on interim conditions pending the merits hearing), while at the same time minimizing the infringement of liberty on the defendant.

[74] The conditions placed on the defendant by the peace officer should be guided by the same principles described below for judicial interim release. Where a defendant is dissatisfied with the conditions of an undertaking by a peace officer, he or she may then apply to a justice under s. 515(1) to replace his or her undertaking (s. 499(3)).

imminent n’est pas un risque généralisé fondé sur les antécédents du défendeur. Un risque imminent est un risque urgent ou immédiat. Même si les dispositions relatives aux engagements de ne pas troubler l’ordre public n’exigent pas toutes que le dénonciateur précise l’identité de la victime de la violence redoutée, il est difficile d’imaginer une situation dans laquelle il serait possible d’établir l’existence d’un risque imminent sans faire mention, aux fins de la délivrance d’un mandat d’arrestation, d’une personne ou d’un groupe de personnes identifiables qui sont exposées au risque de subir des sévices (voir *Smith c. Jones*, [1999] 1 R.C.S. 455, par. 84, au sujet de ce qui constitue un risque imminent dans le contexte de l’exception relative à la sécurité publique au privilège du secret professionnel de l’avocat).

[72] Lorsque l’un ou l’autre de ces éléments est établi selon la prépondérance des probabilités, le juge peut décerner un mandat d’arrestation contre le défendeur.

Mise en liberté par un agent de la paix

[73] Bien que l’arrestation d’une personne porte foncièrement atteinte à sa liberté, cette atteinte devrait être minimisée le plus possible. Selon le par. 507(6), le juge de paix qui décerne un mandat d’arrestation peut revêtir celui-ci d’un visa autorisant un agent de la paix à mettre en liberté le défendeur sous réserve de certaines conditions ou sur remise d’une promesse (par. 507(6) et art. 499). L’engagement contracté devant « un fonctionnaire responsable » au titre de l’art. 499 est un mécanisme auquel il est possible de recourir pour réaliser l’objet de l’engagement de ne pas troubler l’ordre public (en assujettissant le défendeur à des conditions provisoires jusqu’à l’audience sur le fond), tout en minimisant l’atteinte à la liberté du défendeur.

[74] Les conditions qu’impose l’agent de la paix au défendeur devraient être fondées sur les principes ci-après exposés à l’égard de la mise en liberté provisoire par voie judiciaire. Lorsque le défendeur est insatisfait des conditions d’une promesse imposées par un agent de la paix, il peut, aux termes du par. 515(1), demander à un juge de paix d’y substituer d’autres conditions (par. 499(3)).

(c) *Judicial Interim Release*

[75] In the rare case where a peace bond defendant is arrested and held over for bail, the JIR provisions under s. 515 provide the mechanism to release the defendant from custody. The JIR provisions must be applied with due regard to ensuring the attendance of the accused at the peace bond hearing, and the ultimate goal of the peace bond scheme: to place the defendant under recognizance where an informant has a reasonably held fear that the defendant will commit certain harms.

[76] I accept the point made by the court below that “There is something both illogical and absurd about a process which permits more severe restrictions on a defendant’s liberty before a hearing than would be possible after a hearing” (para. 58, citing *MacAusland*, at para. 33). Recalling that the provisions of Part XVI apply “in so far as they are not inconsistent” with the peace bond scheme, there is a necessary limit on the applicability of interim conditions under s. 515. It would be inconsistent with the peace bond provisions to impose conditions aimed at protecting against a risk to the public that surpass the conditions that could be placed on a defendant at the conclusion of a hearing on the merits of the peace bond application.

[77] The guidance given by this Court in *Antic* must also apply to the peace bond context, with regard to the “ladder principle” codified in s. 515(3). The default is release on the giving of an undertaking without conditions, unless the prosecutor (or the informant, where the Attorney General has not taken carriage of the matter) can “show cause” why an order for more stringent release conditions should be made (*Antic*, at para. 29).

c) *La mise en liberté provisoire par voie judiciaire*

[75] Dans les rares cas où un défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public est arrêté et détenu en vue d’une enquête sur sa mise en liberté sous caution, les dispositions relatives à la mise en liberté provisoire par voie judiciaire visées à l’art. 515 mettent en place le mécanisme permettant de libérer le défendeur. Lorsqu’on applique ces dispositions, on doit tenir dûment compte de la nécessité d’assurer la présence du prévenu à l’audience relative à la demande d’engagement de ne pas troubler l’ordre public, tout en veillant au respect du but ultime du régime qui s’applique à celui-ci : assujettir le défendeur à un engagement lorsque le dénonciateur a des motifs raisonnables de craindre que le défendeur cause certains préjudices.

[76] À l’instar de la juridiction inférieure, je conviens [TRADUCTION] « [qu’] un processus qui a pour effet de restreindre la liberté d’un défendeur davantage avant qu’après l’audience est à la fois absurde et illogique » (par. 58, citant *MacAusland*, par. 33). Étant donné que les dispositions de la partie XVI s’appliquent « dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles » avec le régime des engagements de ne pas troubler l’ordre public, les conditions provisoires pouvant être imposées au titre de l’art. 515 sont forcément restreintes. Le fait d’imposer à un défendeur, afin de protéger le public contre un risque donné, des conditions plus restrictives que celles qui pourraient lui être imposées à l’issue de l’audition au fond de la demande d’engagement de ne pas troubler l’ordre public irait à l’encontre des dispositions relatives à ce régime.

[77] Les directives que la Cour a données dans l’arrêt *Antic* doivent également s’appliquer dans le contexte des engagements de ne pas troubler l’ordre public, en ce sens qu’il faut tenir compte du « principe de l’échelle » codifié au par. 515(3). La solution par défaut consiste à accorder la mise en liberté sur remise d’une promesse sans condition, à moins que le poursuivant (ou le dénonciateur, lorsque le procureur général ne s’est pas chargé de l’affaire) ne puisse justifier qu’une ordonnance assortie de conditions plus sévères devrait être rendue (*Antic*, par. 29).

[78] For a condition to be reasonable, it must have a nexus with either ensuring the defendant's attendance in court, or with the feared conduct sworn to in the Information. Where the Crown or informant has established that conditions are necessary to ensure attendance in court, the imposition of conditions should be guided by the principles set out in *Antic*, with regard to the "primary ground" for detention in s. 515(10)(a).

[79] Any interim conditions placed on a defendant relating to the fear sworn to in the Information should not exceed the conditions provided for by the peace bond provision under which the Information was sworn and, in most cases, should be less severe. Under s. 515, the JIR conditions must be "no more onerous than necessary" (*Antic*, at para. 44), whereas under a s. 810 recognizance, a judge may include "any reasonable conditions . . . desirable to secure the good conduct of the defendant" (s. 810(3.02); see also I.F., Canadian Association for Progress in Justice, at para. 36). As put by Laskin J.A. in *Budreo C.A.*, the justice should exercise his or her discretion "judicially and bearing in mind the limited conditions that can be imposed following a successful s. 810.1 application" (para. 67). Under most circumstances, the final rung of the ladder would be a recognizance without sureties under s. 515(2)(b), with reasonable conditions in the circumstances.

[80] Practically speaking, the interim conditions regarding public safety placed on a peace bond defendant will likely form the basis for the recognizance following a meritorious peace bond application. These conditions will address, *inter alia*, concerns regarding the safety of the person whose protection is the objective of the peace bond. Judges should be mindful that a breach of interim conditions will result in a peace bond defendant — not accused of any crime — becoming subject to a criminal charge.

[78] Pour qu'une condition soit considérée comme raisonnable, il faut qu'il existe un lien entre la condition en question et le fait d'assurer la présence du défendeur devant le tribunal ou la conduite redoutée attestée dans la dénonciation. Lorsque le ministère public ou le dénonciateur a établi qu'il est nécessaire d'imposer des conditions au défendeur afin d'assurer sa présence devant le tribunal, les principes énoncés dans l'arrêt *Antic* devraient en guider l'imposition, à la lumière du « motif principal » justifiant la détention prévu à l'al. 515(10)a).

[79] Les conditions provisoires imposées au défendeur en lien avec la crainte attestée dans la dénonciation ne devraient pas être plus sévères que celles prévues par la disposition relative à l'engagement de ne pas troubler l'ordre public en vertu de laquelle la dénonciation a été faite et, dans la plupart des cas, elles devraient être moins sévères. Selon l'art. 515, les conditions dont est assortie la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne doivent pas « être plus sévère[s] que ce qui est nécessaire » (*Antic*, par. 44), tandis que le juge peut assortir l'engagement visé à l'art. 810 des « conditions raisonnables [qui sont] souhaitables pour garantir la bonne conduite du défendeur » (par. 810(3.02); voir également m.i., Canadian Association for Progress in Justice, par. 36). Ainsi que l'a expliqué le juge Laskin dans l'arrêt *Budreo C.A.*, le juge de paix devrait exercer son pouvoir discrétionnaire [TRADUCTION] « de façon judiciaire et en tenant compte des conditions limitées qui peuvent être imposées lorsque la demande fondée sur l'art. 810.1 est accueillie » (par. 67). Dans la plupart des cas, le dernier échelon de gradation serait un engagement sans caution contracté au titre de l'al. 515(2)b) et assorti de conditions raisonnables dans les circonstances.

[80] En pratique, les conditions provisoires liées à la sécurité du public qui sont imposées à un défendeur seront vraisemblablement reprises dans l'engagement que contractera le défendeur si la demande visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public est jugée bien fondée. Ces conditions portent, notamment, sur les préoccupations liées à la sécurité de la personne que cet engagement vise à protéger. Les juges devraient se rappeler qu'en cas de manquement à une condition provisoire, le

It bears repeating that any public safety conditions should have a nexus with the specific fear sworn to in the Information. I underline this with respect to the imposition of conditions prohibiting the consumption of drugs and alcohol. Where the condition is not demonstrably connected to the alleged fear, it may merely set the defendant up for breach, especially where the defendant is known to have a substance use disorder (I.F., Yukon Legal Services Society; see also Public Prosecution Service, *Public Prosecution Service of Canada Deskbook*, Part III, c. 19, “Bail Conditions to Address Opioid Overdoses” (updated April 1, 2019) (online) (regarding bail conditions in the context of federally-prosecuted drug offences)). Any condition should not be so onerous as effectively to constitute a detention order by setting the defendant up to fail (*Antic*, at para. 56, see also Canadian Civil Liberties Association and Education Trust, *Set up to Fail: Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, by A. Deshman and N. Myers (2014) (online), at pp. 1, 2 and 4).

défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public — qui n’est inculpé d’aucun crime — pourrait faire l’objet d’une accusation criminelle. Il convient de répéter qu’il doit exister un lien entre toute condition relative à la sécurité du public et la crainte particulière attestée dans la dénonciation. Je souligne cette nécessité en ce qui concerne l’imposition de conditions interdisant la consommation de drogues et d’alcool. Lorsqu’elle n’est pas manifestement rattachée à la crainte alléguée, la condition risque davantage d’amener le défendeur à ne pas la respecter, surtout s’il est aux prises avec un problème de toxicomanie et que ce fait est connu (m.i., Société d’aide juridique du Yukon; voir également Service des poursuites pénales du Canada, *Guide du Service des poursuites pénales du Canada*, partie III, c. 19, « Conditions de libération provisoire visant les surdoses d’opioïdes » (mis à jour le 1^{er} avril 2019) (en ligne) (en ce qui concerne les conditions de mise en liberté sous caution pour les infractions liées aux drogues poursuivies sous le régime d’une loi fédérale)). Aucune condition ne devait être sévère au point de constituer dans les faits une ordonnance de détention en vouant le défendeur à l’échec (*Antic*, par. 56; voir également Association canadienne des libertés civiles et Fidéicommiss canadien d’éducation en libertés civiles, *Set up to Fail : Bail and the Revolving Door of Pre-trial Detention*, par A. Deshman et N. Myers (2014) (en ligne), p. 1, 2 et 4).

Where Pre-hearing Custody May Be Justified

[81] As Chief Justice Lamer wrote in the context of pre-trial detention, “[i]n general, our society does not countenance preventive detention of individuals simply because they have a proclivity to commit crime” (*R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at p. 736). As cited (though ultimately not endorsed) by Then J. in *Budreo S.C.*:

Predictive detention is thus thought to be unjustifiable in a liberal society because it evinces a lack of respect for the offender as a moral agent. It amounts to punishing her for what she is, which is largely a matter over which she has

Les cas dans lesquels la détention avant l’audience pourrait être justifiée

[81] Comme l’a expliqué le juge en chef Lamer dans le contexte de la détention avant le procès, « [e]n général, notre société n’admet pas la détention préventive de personnes simplement parce qu’elles ont une propension au crime » (*R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 736). Selon un passage d’un article de doctrine que le juge Then a cité (bien qu’il n’ait pas réaffirmé ces principes en définitive) dans la décision *Budreo C.S.* :

[TRADUCTION] La détention préventive est donc considérée comme une mesure injustifiable dans une société libérale, parce qu’elle témoigne d’un manque de respect à l’endroit du contrevenant en tant que personne douée de

no control, rather than for her voluntary actions, for which a liberal society attributes her with moral responsibility.

(p. 368, citing N. Lacey in “Dangerousness and Criminal Justice: The Justification of Preventative Detention” (1983), 36 *Curr. Legal Prob.* 31, at p. 34.)

[82] I agree with Laskin J.A.’s observation in *Budreo C.A.* :

... it will be a rare case where it would enhance confidence in the administration of justice to detain a defendant who is not alleged to have committed any crime and who can only be required to enter into a recognizance at the conclusion of the proceedings. [para. 68]

[83] The circumstances where detention is justified in the peace bond context must also mirror the possible outcomes provided for in the peace bond provisions. A judge has authority to order detention following a peace bond hearing only where the defendant fails or refuses to enter into a recognizance to keep the peace and be of good behaviour (e.g., s. 810.2(4)). Accordingly, the “rare case” where detention may be justified will likely only arise where a defendant refuses to sign a recognizance under s. 515 and therefore refuses to be bound by conditions related to ensuring attendance at the peace bond hearing, and/or to addressing in the interim the fear sworn to in the Information. Echoing the holding in *Antic*, in the context of an accused charged with a criminal offence, this Court recently noted that “we must not lose sight of the fact that pre-trial detention is a measure of last resort” (*Myers*, at para. 67). For a peace bond defendant, the absence of an alleged offence reinforces this point.

discernement moral. Elle revient à punir cette personne en raison de ce qu’elle est, élément sur lequel elle n’exerce pour ainsi dire aucun contrôle, plutôt qu’en raison de ses gestes volontaires, dont elle est moralement responsable suivant les règles d’une société libérale.

(p. 368, citant N. Lacey dans « Dangerousness and Criminal Justice : The Justification of Preventative Detention » (1983), 36 *Curr. Legal Prob.* 31, p. 34.)

[82] Je souscris aux propos suivants tenus par le juge Laskin dans l’arrêt *Budreo C.A.* :

[TRADUCTION] ... il arrive rarement que le fait de détenir un défendeur qui n’est pas inculpé d’avoir commis le moindre crime et qui peut simplement être tenu de contracter un engagement à l’issue de l’instance permette de rehausser la confiance envers l’administration de la justice. [par. 68]

[83] Les circonstances dans lesquelles la détention est justifiée dans le contexte de l’engagement de ne pas troubler l’ordre public doivent par ailleurs refléter les diverses issues envisagées par les dispositions relatives à ces engagements. Le juge ne peut ordonner la détention au terme de l’audience portant sur la demande d’engagement de ne pas troubler l’ordre public que lorsque le défendeur omet ou refuse de contracter l’engagement de ne pas troubler l’ordre public et d’avoir une bonne conduite (p. ex., par. 810.2(4)). En conséquence, les « rares cas » où la détention pourrait être justifiée ne se produisent vraisemblablement que lorsque le défendeur refuse de signer l’engagement prévu à l’art. 515 et, par le fait même, d’être lié par des conditions ayant trait à la nécessité d’assurer sa présence à l’audience portant sur la demande d’engagement de ne pas troubler l’ordre public, ou de dissiper, dans l’intervalle, la crainte attestée dans la dénonciation. Rappelant la décision rendue dans l’arrêt *Antic*, dans le contexte d’une personne inculpée d’avoir commis un acte criminel, notre Cour a récemment souligné que « nous ne devons pas perdre de vue que la détention avant le procès est une mesure de dernier recours » (*Myers*, par. 67). Dans le cas du défendeur à une procédure d’engagement de ne pas troubler l’ordre public, l’absence d’allégation d’infraction renforce cette affirmation.

G. *Application*

[84] In Mr. Penunsi’s case, an Information under s. 810.2(1) was laid against him by a police officer, while Mr. Penunsi was nearing the end of a prison term. The officer swore to a fear that Mr. Penunsi would commit a serious personal injury offence upon his release from custody. While the validity of the arrest warrant was not contested, I do not see how a federal inmate could represent an imminent risk to the safety of another person such that arresting him or her would be the appropriate response, nor how the inmate could be seen as at risk of not attending a peace bond proceeding while he or she remains in custody.

[85] It is not clear how Mr. Penunsi came before the court while he was still in custody, or what notice he was given regarding the appearance. What is clear is that a warrant was issued for Mr. Penunsi’s arrest, but never executed. Absent the procedural protections including notice and rights to counsel that are required of police officers in the execution of an arrest, a person cannot be said to be “taken before a justice” within the meaning of ss. 503 and 515. Accordingly, the provincial court judge did not err in finding that he lacked jurisdiction to subject Mr. Penunsi to a bail hearing — not because the JIR regime does not apply to peace bond proceedings, but because Mr. Penunsi had never been arrested in relation to this matter. Judicial interim release did not apply in his case.

V. Disposition

[86] Accordingly, I would allow the appeal. The order of the Court of Appeal is quashed. The appearance

G. *Application*

[84] Dans le cas qui nous occupe, un policier a déposé en vertu du par. 810.2(1) une dénonciation contre M. Penunsi, alors que ce dernier était sur le point de finir de purger sa peine d’emprisonnement. L’agent a déclaré sous serment craindre que M. Penunsi ne commette une grave infraction, soit des sévices graves à la personne, à sa sortie de prison. Bien que la validité du mandat d’arrestation n’ait pas été contestée, je ne vois pas comment un détenu fédéral pourrait représenter un risque imminent pour la sécurité d’autrui, de telle sorte que son arrestation constituerait une mesure appropriée, ou être considéré comme une personne susceptible de ne pas comparaître à une audience relative à une demande d’engagement de ne pas troubler l’ordre public alors qu’il est encore détenu.

[85] Le dossier ne permet pas de savoir comment M. Penunsi s’est retrouvé devant le tribunal alors qu’il était encore détenu, ou encore quel avis il a reçu au sujet de sa comparution. La preuve montre toutefois clairement qu’un mandat d’arrestation a été décerné contre M. Penunsi, mais n’a jamais été exécuté. Dès lors que les mesures de protection procédurale que sont tenus de prendre les agents de police au cours de l’exécution d’un mandat d’arrestation n’ont pas été prises — notamment le droit de l’intéressé de recevoir un avis et le droit de se faire assister par un avocat —, on ne peut affirmer que l’intéressé a été « conduit devant un juge de paix » aux termes des art. 503 et 515. En conséquence, le juge de la cour provinciale n’a pas commis d’erreur en concluant qu’il n’avait pas compétence pour assujettir M. Penunsi à une enquête sur mise en liberté sous caution — non pas parce que le régime de la mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne s’applique pas aux procédures d’engagement de ne pas troubler l’ordre public, mais parce que M. Penunsi n’avait jamais été arrêté relativement à cette affaire. La mise en liberté provisoire par voie judiciaire ne s’appliquait pas à son cas.

V. Dispositif

[86] En conséquence, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi. L’ordonnance de la Cour d’appel est

of a defendant to a peace bond Information may be compelled by a summons or a warrant of arrest. A judge or justice of the peace has jurisdiction to subject a person to a show cause hearing when he or she has been arrested in relation to a peace bond Information and brought before the court. No further order is required as the issue as it pertains to Mr. Penunsi is moot.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Special Prosecutions Office, St. John's.

Solicitor for the respondent: NL Legal Aid Commission, Happy Valley-Goose Bay.

Solicitor for the intervener the Director of Public Prosecutions: Public Prosecution Service of Canada, Halifax.

Solicitors for the intervener the Yukon Legal Services Society: Tutshi Law Centre, Whitehorse.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Broadcasting Corporation: Canadian Broadcasting Corporation, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Association for Progress in Justice: Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.

annulée. Le défendeur nommé dans une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public peut être contraint à comparaître devant le tribunal au moyen d'une sommation ou d'un mandat d'arrestation. Le juge ou le juge de paix a compétence pour assujettir une personne à une audience de justification lorsqu'elle a été arrêtée relativement à une dénonciation visant à obtenir un engagement de ne pas troubler l'ordre public et qu'elle a été conduite devant le tribunal. Aucune autre ordonnance n'est nécessaire, car la question est théorique en ce qui concerne M. Penunsi.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante : Special Prosecutions Office, St. John's.

Procureur de l'intimé : NL Legal Aid Commission, Happy Valley-Goose Bay.

Procureur de l'intervenante la directrice des poursuites pénales : Service des poursuites pénales du Canada, Halifax.

Procureurs de l'intervenante la Société d'aide juridique du Yukon : Tutshi Law Centre, Whitehorse.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Société Radio-Canada : Société Radio-Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Association for Progress in Justice : Norton Rose Fulbright Canada, Vancouver.

Master Corporal C.J. Stillman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Ex-Petty Officer 2nd Class J.K. Wilks
Appellant

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Warrant Officer J.G.A. Gagnon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Corporal F.P. Pfahl *Appellant*

v.

Canada (Minister of National Defence)
Respondent

- and -

Corporal A.J.R. Thibault *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

Second Lieutenant Soudri *Appellant*

v.

Caporal-chef C.J. Stillman *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Ancien maître de 2^e classe J.K. Wilks
Appelant

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Adjudant J.G.A. Gagnon *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Caporal F.P. Pfahl *Appelant*

c.

Canada (Ministre de la Défense nationale)
Intimé

- et -

Caporal A.J.R. Thibault *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Sous-lieutenant Soudri *Appelant*

c.

Her Majesty The Queen *Respondent*

- and -

K39 842 031 Petty Officer 2nd Class R.K. Blackman *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Advocates for the Rule of Law *Intervener*

- and -

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Corporal R.P. Beaudry *Respondent*

and

Advocates for the Rule of Law *Intervener*

INDEXED AS: R. v. STILLMAN

2019 SCC 40

File Nos.: 37701, 38308.

2019: March 26; 2019: July 26.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT MARTIAL
APPEAL COURT OF CANADA

Constitutional law — Charter of Rights — Right to trial by jury — Military exception — Armed forces — Military offences — Accused charged with offences under s. 130(1)(a) of National Defence Act, which transforms criminal and other federal offences into service offences triable by military justice system — Accused denied jury trial based on military exception to constitutional right to trial by jury for offences where maximum punishment is imprisonment for five years or more — Whether s. 130(1)(a)

Sa Majesté la Reine *Intimée*

- et -

Maître de 2^e classe R.K. Blackman, K39 842 031 *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Advocates for the Rule of Law *Intervenant*

- et -

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Caporal R.P. Beaudry *Intimé*

et

Advocates for the Rule of Law *Intervenant*

RÉPERTORIÉ : R. c. STILLMAN

2019 CSC 40

N^{os} du greffe : 37701, 38308.

2019 : 26 mars; 2019 : 26 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COUR
MARTIALE DU CANADA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à un procès avec jury — Exception militaire — Forces armées — Infractions militaires — Accusés inculpés d'infractions visées à l'art. 130(1)a de la Loi sur la défense nationale, qui transforme les infractions criminelles et autres infractions fédérales en infractions d'ordre militaire susceptibles d'être jugées par le système de justice militaire — Accusés privés d'un procès avec jury en raison de l'exception militaire au droit constitutionnel à un procès

of National Defence Act is inconsistent with constitutional right to trial by jury in its application to serious civil offences — Whether service offence tried under s. 130(1)(a) engages military exception such that right to trial by jury may be denied — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(f) — National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, s. 130(1)(a).

The accused persons, each a member of the Armed Forces at the relevant time, were charged with one or more service offences under s. 130(1)(a) of the *National Defence Act* (“*NDA*”). Before various standing courts martial, all but one of the accused persons unsuccessfully asserted their right to a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter*; maintained that the military exception found in that provision was not engaged in their circumstances; and claimed that, since s. 130(1)(a) brought them within the military justice system (which does not provide for a trial by jury), it is inconsistent with their s. 11(f) right. The appeals to the Court Martial Appeal Court resulted in two conflicting judgments: the accused persons’ appeals in *R. v. Déry*, 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156 (“*Stillman*”), were dismissed on the basis of horizontal *stare decisis*, and the appeal in *R. v. Beaudry*, 2018 CMAC 4, 430 D.L.R. (4th) 557, was allowed, resulting in a declaration that s. 130(1)(a) is inconsistent with s. 11(f) of the *Charter* and is of no force or effect in its application to any civil offence for which the maximum sentence is imprisonment for five years or more (“serious civil offence”).

Held (Karakatsanis and Rowe JJ. dissenting): The appeals in *Stillman* should be dismissed. The appeal in *Beaudry* should be allowed, the declaration that s. 130(1)(a) of the *NDA* is of no force or effect in its application to any serious civil offence should be set aside, and the conviction restored.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ.: Section 130(1)(a) of the *NDA* is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. The words “an offence under military law” in s. 11(f) refer to a service offence that is validly enacted pursuant to Parliament’s power over “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. The Court’s jurisprudence establishes that Parliament has validly enacted s. 130(1)(a) of the *NDA* under this head of power. It also establishes

avec jury relativement aux infractions pour lesquelles la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus — L’article 130(1)a de la Loi sur la défense nationale est-il incompatible avec le droit constitutionnel à un procès avec jury dans son application aux infractions civiles graves? — Une infraction d’ordre militaire jugée en vertu de l’art. 130(1)a entraîne-t-elle l’application de l’exception militaire de sorte qu’il peut y avoir déni du droit à un procès avec jury? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11f) — Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, art. 130(1)a.

Les accusés, tous des membres des Forces armées à l’époque pertinente, ont été inculpés d’une ou de plusieurs infractions d’ordre militaire en application de l’al. 130(1)a de la *Loi sur la défense nationale* (« *LDN* »). Devant diverses cours martiales permanentes, tous les accusés, sauf un, ont fait valoir sans succès leur droit de bénéficier d’un procès avec jury prévu à l’al. 11f) de la *Charte*, ont soutenu que l’exception militaire qu’énonce cette disposition ne s’appliquait pas à leur situation et ont affirmé que, comme l’al. 130(1)a faisait en sorte que leur situation relevait du système de justice militaire (lequel ne prévoit pas de procès avec jury), cette disposition était incompatible avec le droit que leur garantit l’al. 11f). Les appels devant la Cour d’appel de la cour martiale ont donné lieu à deux jugements contradictoires : les appels des accusés dans *R. c. Déry*, 2017 CACM 2 (« *Stillman* »), ont été rejetés en raison du principe de l’autorité de la chose jugée par un tribunal de même instance, et l’appel dans *R. c. Beaudry*, 2018 CACM 4, a été accueilli et a donné lieu au jugement déclaratoire selon lequel l’al. 130(1)a est incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte* et est inopérant dans son application à toute infraction civile pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus (« infraction civile grave »).

Arrêt (les juges Karakatsanis et Rowe sont dissidents) : Les pourvois dans *Stillman* sont rejetés. Le pourvoi dans *Beaudry* est accueilli, le jugement déclaratoire selon lequel l’al. 130(1)a de la *LDN* est inopérant dans son application à toute infraction civile grave est annulé, et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Côté et Brown : L’alinéa 130(1)a de la *LDN* n’est pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*. L’expression « *offence under military law* » figurant dans la version anglaise de l’al. 11f) renvoie à une infraction d’ordre militaire validement adoptée conformément au pouvoir que le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». La jurisprudence de la Cour

that s. 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter*. Where, therefore, a serious civil offence is tried as a service offence under s. 130(1)(a), it qualifies as “an offence under military law”, thereby engaging the military exception in s. 11(f) of the *Charter*.

Generally speaking, the same core interpretive principles that apply to rights stated in the *Charter* also apply to exceptions stated in the *Charter*. They are to be read purposively, rather than in a technical or legalistic fashion. Just as courts must take care not to overshoot the purpose of a *Charter* right by giving it an unduly generous interpretation, so too must they be careful not to undershoot the purpose of a *Charter* exception by giving it an unduly narrow interpretation. Since a *Charter* exception can be understood only if the right it qualifies is understood, courts should consider the two together.

The right to a trial by jury serves two main purposes. At the individual level, it protects the accused by giving him or her the benefit of a trial by his or her peers. Since the right is held by the accused, this individual dimension is of utmost importance. At the societal level, it provides a vehicle for public education about the criminal justice system and lends the weight of community standards to trial verdicts. Notwithstanding the significance of these twin purposes, the right to a jury trial is not absolute. Rather, s. 11(f) of the *Charter* carves out an internal exception to this right that applies to “an offence under military law tried before a military tribunal” (in French, “une infraction relevant de la justice militaire”).

The inclusion of this military exception in s. 11(f) shows that the *Charter* contemplates a parallel system of military justice designed to foster discipline, efficiency, and morale in the military. Canada’s military justice system has always been separate from the civilian justice system, and is designed to meet the unique needs of the military. It has evolved from a command-centric disciplinary model that provided weak procedural safeguards, to a parallel system of justice that largely mirrors the civilian justice system. The foundation of Canada’s military justice system is the Code of Service Discipline (“CSD”), which is contained in Part III of the *NDA*, and includes s. 130(1)(a). It defines the standard of conduct to which military personnel are subject and provides for a set of military tribunals to discipline breaches of that standard.

établit que le Parlement a validement édicté l’al. 130(1)a de la *LDN* en vertu de ce chef de compétence. Elle établit également que cet alinéa n’a pas de portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*. Par conséquent, lorsqu’une infraction civile grave est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a, elle peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte*.

Règle générale, les principes fondamentaux d’interprétation s’appliquant aux droits qu’énonce la *Charte* s’appliquent également aux exceptions qu’elle prévoit. Leur interprétation doit être téléologique plutôt que technique ou formaliste. Tout comme ils doivent veiller à ne pas aller au-delà de l’objet d’un droit garanti par la *Charte* en accordant à ce droit une interprétation indûment libérale, les tribunaux doivent également prendre garde de ne pas rester en deçà de l’objet d’une exception prévue par la *Charte* en donnant à cette exception une interprétation indûment restrictive. Comme une exception prévue par la *Charte* ne peut être interprétée qu’en fonction du droit qu’elle restreint, les tribunaux devraient les examiner ensemble.

Le droit à un procès avec jury poursuit deux objectifs principaux. Sur le plan individuel, il protège l’accusé en lui permettant d’être jugé par ses pairs. Comme le droit appartient à l’accusé, cette dimension individuelle est de la plus haute importance. Sur le plan social, il sert de moyen d’éduquer le public sur le système de justice pénale et il incorpore les normes de la société aux verdicts des procès. Malgré l’importance de ce double objectif, le droit à un procès avec jury n’est pas absolu. L’alinéa 11f) de la *Charte* prévoit plutôt une exception à ce droit qui s’applique à « une infraction relevant de la justice militaire » (« *an offence under military law tried before a military tribunal* » dans la version anglaise).

L’inclusion de cette exception militaire à l’al. 11f) montre que la *Charte* envisage un système de justice militaire parallèle visant à favoriser la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. Le système de justice militaire canadien a toujours été distinct du système de justice civil, et il est conçu pour répondre aux besoins particuliers des troupes. Il est passé d’un modèle de discipline centré sur le commandement qui offrait de faibles garanties procédurales à un système de justice parallèle s’apparentant beaucoup au système de justice civil. Le système de justice militaire du Canada repose sur le Code de discipline militaire (« CDM »), qui se trouve à la partie III de la *LDN* et qui comprend l’al. 130(1)a). Ce code définit la norme de conduite applicable aux militaires et crée un ensemble de tribunaux militaires chargés de sanctionner les

Section 130(1)(a) of the *NDA* transforms most ordinary civil offences that take place in Canada into service offences, thereby giving service tribunals concurrent jurisdiction over such offences when committed by a person who is subject to the CSD. This provision has appeared in the *NDA* since its enactment, and similar provisions have long existed in the United Kingdom.

While Canada's military justice system has never provided for a trial by jury, it has long provided for a trial before a General Court Martial, which consists of a judge and a military panel. The role of a military panel is unique; panel members bring military experience and integrity to the military judicial process, and provide the input of the military community responsible for discipline and efficiency. In some respects, a military panel is analogous to a jury, and over the years this has become increasingly so. Like a jury, the panel is the trier of fact, while the judge makes rulings on legal questions. Furthermore, panels are required to reach their verdicts unanimously, and it is the judge who is tasked with imposing a sentence in the event of a guilty verdict. However, a military panel is not a jury, and important differences distinguish one from the other. There are sound reasons why the military justice system has opted for a unique military panel model, rather than a jury model. For example, the concept of "members tried by members" fosters morale within the military. Further, Canada's military justice system operates extraterritorially, and service tribunals may have to be convened on short notice in a different part of the world. Where a trial is to be held outside Canada, it would be highly impractical, if not impossible, to convene a jury of Canadian civilians and transport them to the place of trial.

The purpose of the military exception in s. 11(f) of the *Charter* is to recognize and affirm the existence of a separate military justice system tailored to the unique needs of the military, and to preserve the historical reality that jury trials in cases governed by military law have never existed in Canada. In the specific instance of s. 11(f), the military exception restricts the right to a trial by jury by referring, at least implicitly, to a particular head of power under the *Constitution Act, 1867*, namely, Parliament's power over the "Militia, Military and Naval Service, and Defence" under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. The text "an offence under military law" in s. 11(f) of the *Charter* refers to an offence that is validly enacted pursuant to this head of power. Therefore, there must be coherence among the division of powers analysis, the overbreadth analysis, and

manquements à cette norme. L'alinéa 130(1)a) de la *LDN* transforme la plupart des infractions civiles ordinaires survenues au Canada en infractions d'ordre militaire, conférant ainsi aux tribunaux militaires une compétence concurrente à l'égard de ces infractions lorsqu'elles sont commises par une personne assujettie au CDM. Cette disposition figure dans la *LDN* depuis l'adoption de cette loi, et des dispositions similaires existent depuis longtemps au Royaume-Uni.

Si le système de justice militaire du Canada n'a jamais prévu de procès avec jury, il prévoit depuis longtemps un procès devant une cour martiale générale, composée d'un juge et d'un comité militaire. Le comité militaire joue un rôle spécifique; les membres du comité offrent expérience militaire et intégrité au processus judiciaire militaire, et ils représentent la communauté militaire responsable de la discipline et de l'efficacité. À certains égards, un comité militaire est semblable à un jury et, au fil des ans, cette ressemblance s'est accentuée. Tout comme le jury, le comité agit comme juge des faits, tandis que le juge tranche les questions de droit. De plus, les comités sont tenus de rendre leur verdict à l'unanimité, et c'est au juge qu'il incombe d'infliger une peine en cas de verdict de culpabilité. Cependant, un comité militaire n'est pas un jury et des différences importantes les distinguent. Des raisons valables justifient le choix d'un modèle spécifique de comité militaire, plutôt qu'un modèle de jury, par le système de justice militaire. Par exemple, le concept de « militaires jugés par des militaires » favorise le moral des troupes. De plus, le système de justice militaire canadien fonctionne à l'étranger et des tribunaux militaires pourraient devoir être convoqués à bref délai dans une autre partie du monde. Lorsqu'un procès doit avoir lieu à l'étranger, il serait très peu pratique, voire impossible, de convoquer un jury composé de civils canadiens et de le transporter à l'endroit où se déroule le procès.

L'objectif de l'exception militaire prévue à l'al. 11f) de la *Charte* est de reconnaître et de confirmer l'existence d'un système de justice militaire distinct, adapté aux besoins particuliers des Forces armées, et de préserver la réalité historique selon laquelle il n'y a jamais eu de procès avec jury dans les affaires régies par le droit militaire au Canada. Dans le cas particulier de l'al. 11f), l'exception militaire restreint le droit à un procès avec jury en renvoyant, à tout le moins implicitement, à un chef de compétence particulier de la *Loi constitutionnelle de 1867* — à savoir le pouvoir que le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». L'expression « *offence under military law* » à l'al. 11f) de la *Charte* renvoie à une infraction

the meaning of “an offence under military law” in s. 11(f). The Court’s jurisprudence establishes that Parliament has validly enacted s. 130(1)(a) of the *NDA* under the authority granted to it by s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. It also establishes that s. 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter*. It follows, therefore, that a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as “an offence under military law” for the purposes of s. 11(f) of the *Charter*. Accordingly, it is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*, as it does not deprive a person who is lawfully entitled to a jury of that right.

A serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as “an offence under military law” for the purposes of s. 11(f) of the *Charter* whether or not there is a heightened “military nexus” going beyond the accused’s military status. There are compelling reasons why the “military nexus” doctrine should not be resurrected. Firstly, the Court in *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, identified the “military nexus” required to ground a rational connection to discipline, efficiency, and morale in the military — the accused’s military status. Secondly, a number of the offences listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*, which the parties do not contest are “offence[s] under military law”, can be committed in the absence of a heightened “military nexus” (e.g., “stealing” under s. 114). If no heightened “military nexus” is required to preserve the status of these offences as “offence[s] under military law”, then it would be inconsistent to impose such a requirement in relation to offences under s. 130(1)(a). Thirdly, the imposition of a heightened “military nexus” requirement would risk causing military courts to engage in an unwieldy and unhelpful threshold inquiry that distracts from the merits. Fourthly, the fundamental purposes of sentencing in the military justice system differ from those in the civilian criminal justice system. Were serious civil offences committed by persons subject to the CSD to be streamed into the civilian justice system, sentencing decisions in those cases might not truly account for the seriousness of such offences, seen in light of the purposes of discipline, efficiency, and morale. Fifthly, while military prosecutors may engage in an inquiry that resembles a “military nexus” test when assessing whether to exercise jurisdiction in a particular case, the existence of jurisdiction must be separated from the exercise of jurisdiction. Finally, these concerns are reinforced by practical considerations. Imposing a heightened “military nexus” requirement would go against the objective of responding swiftly

validement adoptée conformément à ce chef de compétence. Il faut donc une cohérence entre l’analyse du partage des compétences, l’analyse de la portée excessive et le sens de l’expression « *offence under military law* » figurant à l’al. 11f). La jurisprudence de la Cour établit que le Parlement a validement édicté l’al. 130(1)a) de la *LDN* en vertu du pouvoir que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle établit également que cet alinéa n’a pas de portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*. Il s’ensuit donc qu’une infraction civile grave qui est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) peut être considérée comme une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f) de la *Charte*. Par conséquent, l’al. 130(1)a) n’est pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*, car il ne prive personne de son droit légitime à un procès avec jury.

Une infraction civile grave qui est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) peut être considérée comme une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f) de la *Charte*, qu’il existe ou non un « lien de connexité [accru] avec le service militaire » allant au-delà du statut de militaire de l’accusé. Des raisons convaincantes justifient de ne pas faire renaître la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire ». Premièrement, la Cour dans *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, a établi le « lien de connexité avec le service militaire » qui est nécessaire pour établir un lien rationnel avec la discipline, l’efficacité et le moral des troupes, à savoir le statut de militaire de l’accusé. Deuxièmement, un certain nombre des infractions énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN* — lesquelles, les parties ne le contestent pas, constituent des « *offence[s] under military law* » — peuvent être commises en l’absence d’un « lien de connexité [accru] avec le service militaire » (p. ex., le « vol » prévu à l’art. 114). Si aucun « lien de connexité [accru] avec le service militaire » n’est requis pour préserver le statut d’« *offence[s] under military law* » de ces infractions, il est alors illogique d’imposer une telle exigence en lien avec les infractions prévues à l’al. 130(1)a). Troisièmement, l’imposition d’une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » risquerait de faire en sorte que les tribunaux militaires se livrent à un examen préliminaire compliqué et inutile qui détourne leur attention du fond de l’affaire. Quatrièmement, les objectifs essentiels de la détermination de la peine dans le système de justice militaire diffèrent de ceux du système de justice civil. Si les infractions civiles graves commises par des personnes assujetties au CDM devaient être acheminées vers le système de justice civil, les décisions relatives à la détermination de la peine dans ces affaires pourraient ne pas réellement tenir compte de la gravité de ces infractions, à la lumière

to misconduct within the military and thereby enhancing discipline, efficiency, and morale in the military.

Per Karakatsanis and Rowe JJ. (dissenting): Based on the nature and purpose, language, and history of the jury trial right and its exception, s. 130(1)(a) of the *NDA* does not comply with s. 11(f) of the *Charter* to the extent that it denies service members the right to a jury trial for serious offences that do not have a military connection. Thus, s. 130(1)(a) falls within the scope of the military exception to the *Charter* right to a jury trial only to the extent that there is a direct connection between the circumstances of the offence and the military. Because striking down the legislative provision would go further than the *Charter* breach requires and prevent the trial of all offences by military courts designated in s. 130(1)(a), a military connection requirement should be read into s. 130(1)(a) to respect s. 11(f) of the *Charter*.

The meaning of a *Charter* right is to be understood by analyzing the purpose of the guarantee and the interests it is meant to protect. The purpose of the right is ascertained by reference to the character and larger objectives of the *Charter*, the language of the right, the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, the meaning and purpose of the other specific rights with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be generous and aimed at fulfilling the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter* protection without overshooting the purpose of the right. Exceptions should not be construed more widely than is necessary to fulfil the values which support them. In order to determine whether an exception is undermining the broad purpose of the right beyond the intended scope of the exception, it is essential to consider the rationales underlying the right and the exception together. Section 11(f) is an illustration of a fundamental right to life, liberty and security of the person guaranteed in s. 7. But s. 11(f) also

des objectifs que sont la discipline, l'efficacité et le moral des troupes. Cinquièmement, bien que les procureurs militaires puissent effectuer un examen qui ressemble à un examen fondé sur le critère du « lien de connexité avec le service militaire » lorsqu'ils évaluent s'il y a lieu d'exercer leur compétence dans une affaire donnée, l'existence de la compétence doit être distinguée de l'exercice de celle-ci. Enfin, ces préoccupations sont renforcées par des considérations d'ordre pratique. Imposer une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » irait à l'encontre de l'objectif de répondre rapidement aux infractions dans les Forces armées et, par le fait même, de favoriser la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

Les juges Karakatsanis et Rowe (dissidents) : En fonction de la nature, de l'objet, du libellé et de l'historique du droit à un procès avec jury, ainsi que de l'exception dont est assorti ce droit, l'al. 130(1)a de la *LDN* n'est pas conforme à l'al. 11f) de la *Charte* dans la mesure où il prive les militaires du droit à un procès avec jury pour des infractions graves qui n'ont pas de lien de connexité avec le service militaire. Par conséquent, l'al. 130(1)a n'entre dans le champ d'application de l'exception militaire au droit à un procès avec jury garanti par la *Charte* que dans la mesure où il y a un lien direct entre les circonstances de l'infraction et le service militaire. Étant donné que l'invalidation de la disposition législative irait plus loin que ce qu'exige la violation de la *Charte* et empêcherait que toutes les infractions indiquées à l'al. 130(1)a fassent l'objet d'un procès devant les tribunaux militaires, un lien de connexité avec le service militaire doit être inclus à l'al. 130(1)a par voie d'interprétation extensive pour que celui-ci soit conforme à l'al. 11f) de la *Charte*.

Il faut comprendre le sens d'un droit garanti par la *Charte* en fonction de l'analyse de l'objet de la garantie et des intérêts que le droit vise à protéger. L'objet du droit est établi à la lumière de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte*, du libellé de la disposition prévoyant le droit, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, du sens et de l'objet des autres droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. L'interprétation doit être libérale et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* sans aller au-delà de l'objet du droit. Les exceptions ne devraient pas s'interpréter d'une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elles reposent. Afin d'établir si une exception mine l'objectif général du droit d'une façon qui outrepassse la portée voulue de celle-ci, il est essentiel de considérer ensemble la raison d'être du droit et celle de l'exception. L'alinéa 11f) est une illustration du droit fondamental à la vie, à la liberté et à

offers a specific protection that s. 7 does not. Legislation found constitutional with respect to s. 7 is not necessarily constitutional under s. 11, or vice versa. Thus, the finding in *Moriarity* that s. 130(1)(a) of the *NDA* did not violate s. 7 for overbreadth does not answer the question of whether the provision violates s. 11(f). The purpose of s. 11(f) is to guarantee the right to a jury trial, which protects both an individual and societal interest in trials by jury. Effect must be given to both aspects of the right. A trial before a military panel does not mirror the civilian justice system when the broader society cannot participate.

Over the past four decades, the development of a military connection test in Canada has limited military court jurisdiction to offences that are military in nature or take place in military circumstances. Military court jurisdiction has historically been subject to important limits. Initially, the types of offences that could be tried by military courts were limited to offences that were specific to the military, such as desertion, mutiny and sedition. It was generally appropriate for offences to be heard by military courts rather than civilian courts where quick and efficient justice was necessary to uphold discipline, such as when offences were committed during wartime or abroad. As the jurisdiction of military courts expanded to include civilian offences, civilian courts maintained primary jurisdiction where offences were triable in either court. Courts developed the military connection test to determine when it was appropriate to depart from the primacy of civilian court jurisdiction. That test asked whether a service member committed an offence connected to the military, having regard to the nature of the offence, the circumstances of its commission and whether the offence would tend to affect military discipline and efficiency.

The Court in *Moriarity* did not foreclose the possibility of the military connection test, and it continues to be applied in practice by military prosecutors. Determining whether there is a military connection may involve careful consideration and difficult judgment calls, but it is a necessary exercise in light of the constitutional rights at stake. Courts are better placed to make such determinations rather than leaving them to the discretion of the prosecutor. The constitutionality of a legislative provision

la sécurité de la personne que garantit l'art. 7. Toutefois, l'al. 11f) offre aussi une protection particulière que l'art. 7 n'offre pas. La disposition déclarée constitutionnelle au regard de l'art. 7 n'est pas nécessairement constitutionnelle au regard de l'art. 11, et vice versa. Par conséquent, la conclusion dans *Moriarity* selon laquelle l'al. 130(1)a) de la *LDN* ne viole pas l'art. 7 pour cause de portée excessive ne répond pas à la question de savoir si la disposition viole l'al. 11f). L'alinéa 11f) a pour objet de garantir le droit à un procès avec jury, qui protège autant l'intérêt des individus que celui de la société dans la tenue de procès avec jury. Il faut donner effet à ces deux aspects du droit. Un procès devant un comité militaire ne s'apparente pas au système de justice civil lorsque la société en général n'y participe pas.

Au cours des quatre dernières décennies, l'élaboration du critère du lien de connexité avec le service militaire au Canada a restreint la compétence des tribunaux militaires aux infractions qui sont de nature militaire ou qui ont lieu dans un contexte militaire. La compétence des tribunaux militaires a longtemps été assujettie à d'importantes limites. Au départ, le type d'infractions qui pouvaient faire l'objet d'un procès devant les tribunaux militaires se limitait aux infractions propres au service militaire, comme la désertion, la mutinerie et la sédition. Il était généralement indiqué que les tribunaux militaires, plutôt que les tribunaux civils, jugent les militaires accusés d'infractions lorsque justice devait être rendue rapidement et efficacement pour le maintien de la discipline, comme lorsque les infractions avaient été commises en temps de guerre ou à l'étranger. Lorsque la compétence des tribunaux militaires s'est élargie pour comprendre les infractions civiles, les tribunaux civils sont demeurés la juridiction principale dans le cas où les infractions pouvaient être jugées devant l'un ou l'autre des tribunaux. Les tribunaux ont élaboré le critère du lien de connexité avec le service militaire permettant d'établir les situations où il est approprié de déroger à la primauté de la compétence des tribunaux civils. Selon ce critère, il faut se demander si le militaire a commis une infraction liée au service militaire, compte tenu de la nature de l'infraction, des circonstances de sa perpétration et de la question de savoir si l'infraction serait susceptible d'influer sur la discipline et l'efficacité des Forces armées.

La Cour dans *Moriarity* n'a pas écarté toute possibilité d'application du critère du lien de connexité avec le service militaire, et celui-ci continue d'être appliqué en pratique par les procureurs militaires. Pour établir s'il existe un lien de connexité avec le service militaire, les tribunaux peuvent être appelés à procéder à des examens minutieux et à prendre des décisions exigeant une réflexion ardue, mais il s'agit d'une démarche nécessaire compte tenu des droits constitutionnels en jeu. Les tribunaux sont

cannot depend on the assumption that discretion will be properly exercised. Requiring a military connection test is unlikely to result in further backlogs in civilian courts. Even if there was evidence to suggest that the military justice system suffers from fewer delays than the civilian system, the possibility of delay is not a proper basis to deny an accused their right to a jury trial.

It is the role of the courts to interpret the words expressing the military exception in s. 11(f) of the *Charter* to define the range of offences that Parliament can exclude from the right to a trial by jury. Legislative competence and overbreadth are not the only limits on Parliament's power. It is not up to Parliament to be the arbiter of constitutional rights by defining what the scope of the military exception means. Based on a purposive interpretation, the term "offence under military law" refers to an offence that is connected to the military in its nature or committed in circumstances sufficiently connected to the military that would directly affect discipline, efficiency and morale.

Where an accused is charged with an offence that falls under s. 130(1)(a) of the *NDA* and the accused challenges the military court's jurisdiction on the basis that it would deny their right to a jury trial guaranteed in s. 11(f), the court should ask whether there is a military connection. Has a service member committed an offence in circumstances that are so connected to the military that it would have a direct effect on military discipline, efficiency and morale? To determine whether there is a sufficiently direct connection, a court should consider whether the offence was committed while the accused was on duty, on military property or using military property. If so, a court may infer that the circumstances of the offence have a direct impact on military efficiency, discipline and morale. The prosecution may point to other circumstances of the offence to show such an impact.

Section 130(1)(a) of the *NDA* cannot be saved by s. 1 of the *Charter*. The provision is not carefully tailored to its objectives, as it impairs the right to a jury trial more than is reasonably necessary. The objective of maintaining discipline, efficiency and morale in the Armed Forces is

les mieux placés pour prendre ces décisions, plutôt que ce soit le poursuivant qui tranche la question en vertu de son pouvoir discrétionnaire. La constitutionnalité d'une disposition législative ne peut dépendre de la confiance qu'on peut avoir que le pouvoir discrétionnaire sera exercé comme il se doit. Le fait d'imposer un critère relatif au lien de connexité avec le service militaire n'est pas susceptible de donner lieu à un engorgement supplémentaire des tribunaux civils. Même s'il y avait des preuves que le système de justice militaire souffre de moins de retards que le système civil, la possibilité qu'il y ait des retards n'est pas un fondement approprié justifiant que l'accusé soit privé de son droit à un procès avec jury.

Il incombe aux tribunaux d'interpréter les mots exprimant l'exception militaire à l'al. 11(f) de la *Charte* afin d'établir l'éventail des infractions que le Parlement peut exclure du droit à un procès avec jury. La compétence législative et la portée excessive ne sont pas les seules limites au pouvoir du Parlement. Le législateur n'a pas à jouer l'arbitre des droits constitutionnels en définissant la portée de l'exception militaire. Selon une interprétation téléologique, l'expression « *offence under military law* » s'entend d'une infraction qui, par sa nature, comporte un lien avec le service militaire ou qui a été commise dans des circonstances ayant un lien suffisant avec le service militaire pour influencer directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction qui entre dans le champ d'application de l'al. 130(1)a) de la *LDN* et que cet accusé conteste la compétence du tribunal militaire au motif qu'il serait privé de son droit à un procès avec jury que lui garantit l'al. 11(f), le tribunal devrait se demander s'il y a un lien entre l'infraction et le service militaire. Le membre des Forces armées a-t-il commis une infraction dans des circonstances qui sont à ce point liées au service militaire qu'elle est susceptible d'influer directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes? Pour déterminer s'il y a un lien suffisant entre l'infraction et le service militaire, le tribunal doit se demander si le militaire a commis l'infraction dans l'exécution de ses fonctions, sur une propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire. Dans l'affirmative, le tribunal peut en inférer que les circonstances de l'infraction influent directement sur l'efficacité, la discipline et le moral des troupes. La poursuite peut indiquer d'autres circonstances de l'infraction pour montrer une telle incidence.

L'alinéa 130(1)a) ne peut être justifié au regard de l'article premier de la *Charte*. La disposition n'est pas soigneusement adaptée à ses objectifs, car elle porte atteinte au droit à un procès avec jury plus que ce qui est raisonnablement nécessaire. L'objectif de maintenir la discipline, l'efficacité

sufficiently pressing and substantial, but it is not obvious that it requires trying ordinary offences in military courts. A minimally impairing alternative would have been to try penal offences by military panel only where the circumstances in which it was committed are directly connected to the military. The appropriate remedy is to read a military connection requirement into s. 130(1)(a), as it immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*.

Cases Cited

By Moldaver and Brown JJ.

Referred to: *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Royes*, 2016 CMAC 1, 338 C.C.C. (3d) 183; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; *R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398; *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856; *R. v. Lunn* (1993), 5 C.M.A.R. 157; *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7; *O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435; *R. v. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433; *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563; *R. v. Moriarity*, 2014 CMAC 1, 455 N.R. 59; *R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 460 N.R. 248; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233; *R. v. Ryan*, 2018 CM 2033; *R. v. Reddick* (1996), 112 C.C.C. (3d) 491.

By Karakatsanis and Rowe JJ. (dissenting)

MacKay v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 370; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509; *Tsilhqot'in Nation v. British*

et le moral des Forces armées est suffisamment urgent et réel, mais il n'est pas évident qu'il exige que les infractions ordinaires soient jugées devant des tribunaux militaires. Une autre solution, qui n'aurait emporté qu'une atteinte minimale, aurait été que les infractions pénales soient jugées par un comité militaire seulement lorsqu'il y a un lien direct entre les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et le service militaire. La réparation qui convient est l'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire à l'al. 130(1)a), car elle permet d'harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par les juges Moldaver et Brown

Arrêts mentionnés : *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Royes*, 2016 CACM 1; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384; *R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398; *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856; *R. c. Lunn* (1993), 5 C.A.C.M. 157; *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280; *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7; *O'Callahan c. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *Solorio c. United States* (1987), 483 U.S. 435; *R. c. MacDonald* (1983), 4 C.A.C.M. 277; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433; *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563; *R. c. Moriarity*, 2014 CACM 1; *R. c. Larouche*, 2014 C.A.C.M. 6, 460 N.R. 59; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233; *R. c. Ryan*, 2018 CM 2033; *R. c. Reddick*, [1996] A.C.A.C. n° 9.

Citée par les juges Karakatsanis et Rowe (dissidents)

MacKay c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 370; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509; *Nation*

Columbia, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014] 1 S.C.R. 433; *R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 460 N.R. 23; *Grant v. Gould* (1792), 2 H. Bl. 69, 126 E.R. 434; *R. v. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277; *R. v. MacEachern* (1985), 4 C.M.A.R. 447; *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433, aff'd [1989] 2 S.C.R. 1073; *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; *O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *Relford v. Commandant* (1971), 401 U.S. 355; *R. v. Catudal* (1985), 4 C.M.A.R. 338; *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435; *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773; *R. v. Hannah*, 2013 CM 2011; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Colonel Aird*, [2004] HCA 44, 209 A.L.R. 311; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 67.

Statutes and Regulations Cited

Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service (Eng.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5.

Act respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada, S.C. 1868, c. 40.

Army Act, 1881 (U.K.), 44 & 45 Vict., c. 58, ss. 41, 48(3).

Bill C-15, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 41st Parl., 2013.

Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 36th Parl., 1998.

Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, 2nd Sess., 39th Parl., 2008.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 to 14, 11.

Constitution Act, 1867, s. 91(7), (27).

Constitution Act, 1982, ss. 35, 52.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 2.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, Part VII, ss. 2, 271, 280 to 283, 367, 471, 718.

Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 3(o-1).

Military Rules of Evidence, C.R.C., c. 1049, s. 16(2)(a).

National Defence Act, S.C. 1950, c. 43, ss. 119, 140(1).

National Defence Act, R.S.C. 1985, c. N-5, Parts III, VII, ss. 2, 60, 68, 70, 71, 73 to 129, 114, 130(1), 132, 165.193(1), 167 to 168, 191, 192(1), 203.1(1), (2), 273.601, 288 to 307.

Naval Discipline Act, 1866 (U.K.), 29 & 30 Vict., c. 109, s. 45.

Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Amax Potash Ltd. c. Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême, art. 5 et 6*, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433; *R. c. Larouche*, 2014 CACM 6, 460 N.R. 23; *Grant c. Gould* (1792), 2 H. Bl. 69, 126 E.R. 434; *R. c. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277; *R. c. MacEachern* (1985), 4 C.A.C.M. 447; *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073; *R. c. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; *O'Callahan c. Parker* (1969), 395 U.S. 258; *Relford c. Commandant* (1971), 401 U.S. 355; *R. c. Catudal* (1985), 4 C.M.A.R. 338; *Solorio c. United States* (1987), 483 U.S. 435; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *R. c. Hannah*, 2013 CM 2011; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re Colonel Aird*, [2004] HCA 44, 209 A.L.R. 311; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Schachter c. Canada* [1992] 2 R.C.S. 67.

Lois et règlements cités

Act for punishing Officer or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service (Angl.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5.

Act respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada, S.C. 1868, c. 40.

Army Act, 1881 (R.-U.), 44 & 45 Vict., c. 58, art. 41, 48(3).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 à 14, 11.

Code criminel, 1892, L.C. 1892, c. 29, art. 3(t.).

Code criminel, L.R.C. 1970, c. C-34, art. 2.

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, partie VII, art. 2, 271, 280 à 283, 367, 471, 718.

Loi concernant la défense nationale, L.C. 1950, c. 43, art. 119, 140(1).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(7), (27).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35, 52.

Loi sur la défense nationale, L.R.C. 1985, c. N-5, parties III, VII, art. 2, 60, 68, 70, 71, 73 à 129, 114, 130(1)a), 132, 165.193(1), 167 à 168, 191, 192(1), 203.1(2), 273.601, 288-307.

Naval Discipline Act, 1866 (R.-U.), 29 & 30 Vict., c. 109, art. 45.

Projet de loi C-15, *Loi visant à renforcer la justice militaire pour la défense du Canada*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2013.

Projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, 2^e sess., 36^e lég., 1998.

Projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, 2^e sess., 39^e lég., 2008.

Règles militaires de la preuve, C.R.C., c. 1049, art. 16(2)(a).

Authors Cited

- Blackstone, William. *Commentaries on the Law of England*, Book 4. Oxford: Clarendon Press, 1765.
- Canada. Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia. *Report of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*, vol. 1, *Dishonoured Legacy: The Lessons of the Somalia Affair*. Ottawa, 1997.
- Canada. Department of National Defence. *Canadian Forces Administrative Order 19-16 — Civil Prosecution*, Ottawa, December 19, 1975.
- Canada. Department of National Defence. *The First Independent Review by the Right Honourable Antonio Lamer P.C., C.C., C.D. of the provisions and operation of Bill C-25, An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998*, c. 35. Ottawa, 2003.
- Canada. Department of National Defence. *Report of the Second Independent Review Authority to The Honourable Peter G. MacKay, Minister of National Defence, by the Honourable Patrick J. LeSage*. Ottawa, 2011.
- Canada. Department of National Defence. *Second Independent Review of the National Defence Act — Backgrounder*, June 8, 2012 (online: <http://www.forces.gc.ca/en/news/article.page?doc=second-independent-review-of-the-national-defence-act/hgq87xrp>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_2_eng.pdf).
- Canada. Department of National Defence. *Military Justice at the Summary Trial Level*, January 12, 2011 (online: https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/en/jag/manual-mil-jus-summary-trial-level.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_1_eng.pdf).
- Canada. Director of Military Prosecutions. Directive No. 002/99. “Pre-Charge Screening”, 2000 (updated September 2018) (online: https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/a-propos-politiques-normes-juridiques/dmp-dpm-policy-directive-002-99-pre-charge-screening-verification-pre-accusation.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_3_eng-fra.pdf).
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Committee on Bill 133: An Act Respecting National Defence*, No. 1, 2nd Sess., 21st Parl., May 27, 1950.
- Canada. House of Commons. *Official Report of Debates of the House of Commons*, vol. IV, 2nd Sess., 21st Parl. 1950.

Doctrine et autres documents cités

- Blackstone, William. *Commentaries on the Law of England*, Book 4, Oxford, Clarendon Press, 1765.
- Canada. Bureau du vérificateur général. *Printemps 2018, Rapports du vérificateur général du Canada au Parlement du Canada : Rapport 3 — L’administration de la justice dans les Forces armées canadiennes*, Ottawa, 2018.
- Canada. Cabinet du Juge-avocat général. *Ébauche — Rapport interne — Révision globale de la cour martiale*, 17 janvier, 2018 (en ligne : https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/jag/revision-globale-cour-martiale-rapport-provisoire-21juillet2017.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_4_fra.pdf).
- Canada. Chambre des communes. *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2^e sess., 21^e lég., 1950.
- Canada. Chambre des communes. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Committee on Bill 133 : An Act Respecting National Defence*, n^o 1, 2^e sess., 21^e lég., 27 mai 1950.
- Canada. Commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *Rapport de la Commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*, vol. 1, *Un héritage déshonoré : Les leçons de l’affaire somalienne*, Ottawa, 1997.
- Canada. Directeur des poursuites militaires. Directive n^o 002/99. « Vérification préalable à l’accusation », 2000 (mis à jour septembre 2018) (en ligne : https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/a-propos-politiques-normes-juridiques/dmp-dpm-policy-directive-002-99-pre-charge-screening-verification-pre-accusation.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_3_eng-fra.pdf).
- Canada. Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et les services d’enquête de la police militaire. *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et les services d’enquête de la police militaire*, Ottawa, 1997.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Deuxième examen indépendant de la Loi sur la défense nationale — Documentation*, 8 juin 2012 (en ligne : <http://www.forces.gc.ca/fr/nouvelles/article.page?doc=deuxieme-examen-independant-de-la-loi-sur-la-defense-nationale/hgq87xrp>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_2_fra.pdf).
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Justice militaire au procès sommaire*, 14 février 2011 (en ligne : https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/jag/

- Canada. Office of the Auditor General. *2018 Spring Reports of the Auditor General of Canada to the Parliament of Canada: Report 3 — Administration of Justice in the Canadian Armed Forces*. Ottawa, 2018.
- Canada. Office of the Judge Advocate General. *Draft Internal Report — Court Martial Comprehensive Review*, January 17, 2018 (online: https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/en/jag/court-martial-comprehensive-review-interim-report-21july2017.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_4_eng.pdf).
- Canada. Senate and House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 36, 1st Sess., 32nd Parl., January 12, 1981.
- Canada. Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services. *Report of the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services*. Ottawa, 1997.
- Clode, Charles. *The Administration of Justice Under Military and Martial Law*, London: John Murray, 1872.
- Collins, Pauline Therese. “Civil-Military ‘Legal’ Relations: Where to from Here? — The Civilian Courts and the United Kingdom, United States and Australia” in *International Humanitarian Law Series*, vol. 51. Leiden, Netherlands: Brill Nijhoff, 2018.
- Collins, Pauline Therese. “The Civil Courts’ Challenge to Military Justice and Its Impact on the Civil-Military Relationship”, in Alison Duxbury and Matthew Groves, eds., *Military Justice in the Modern Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016, 57.
- Crowe, Jonathan, and Suri Ratnapala. “Military Justice and Chapter III: The Constitutional Basis of Courts Martial” (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 161.
- Deschamps, Marie. *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015 (online: https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/en/caf-community-support-services-harassment/era-final-report-april-20-2015-eng.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_5_eng.pdf).
- Drapeau, Michel W. *Sexual Assaults in the Canadian Military: Is the Military Making Headway?* April 30, 2018 (online: <http://mdlo.ca/wp-content/uploads/2018/04/April-30-2018-Is-the-Cnd-Military-making-headway-002.pdf>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_6_eng.pdf).
- Fitzgerald, Thomas E. K. “The Nexus Disconnected: The Demise of the Military Nexus Doctrine” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 155.
- manuel-jus-mil-proces-sommaire.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_1_fra.pdf).
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Le premier examen indépendant par le très honorable Antonio Lamer C.P., C.C., C.D., des dispositions et de l’application du projet de loi C-25, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence, conformément à l’article 96 des Lois du Canada (1998)*, c. 35, Ottawa, 2003.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Ordonnances administratives des Forces canadiennes 19-16 — Poursuite devant un tribunal civil*, Ottawa, 19 décembre 1975.
- Canada. Ministère de la Défense nationale. *Rapport de l’autorité indépendante chargée du deuxième examen à l’honorable Peter G. MacKay, ministre de la défense nationale, par l’honorable Patrick J. Lesage*, Ottawa, 2011.
- Canada. Sénat et Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 36, 1^{re} sess., 32^e lég., 12 janvier, 1981.
- Clode, Charles. *The Administration of Justice Under Military and Martial Law*, London, John Murray, 1872.
- Collins, Pauline Therese. « Civil-Military “Legal” Relations : Where to from Here? — The Civilian Courts and the United Kingdom, United States and Australia », in *International Humanitarian Law Series*, vol. 51, Leiden (Pays-Bas), Brill Nijhoff, 2018.
- Collins, Pauline Therese. « The Civil Courts’ Challenge to Military Justice and Its Impact on the Civil-Military Relationship », in Alison Duxbury and Matthew Groves, eds., *Military Justice in the Modern Age*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, 57.
- Crowe, Jonathan, and Suri Ratnapala, « Military Justice and Chapter III : The Constitutional Basis of Courts Martial » (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 162.
- Deschamps, Marie. *Examen externe sur l’inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015 (en ligne : https://www.canada.ca/content/dam/dnd-mdn/migration/assets/FORCES_Internet/docs/fr/communaute-fac-services-soutien-harcelement/era-final-report-april-20-2015-fr-v3.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_5_fra.pdf).
- Drapeau, Michel W. *Sexual Assaults in the Canadian Military: Is the Military Making Headway?* 30 avril 2018 (en ligne : <http://mdlo.ca/wp-content/uploads/2018/04/April-30-2018-Is-the-Cnd-Military-making-headway-002.pdf>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC40_6_eng.pdf).
- Fitzgerald, Thomas E. K. « The Nexus Disconnected : The Demise of the Military Nexus Doctrine » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 155.

- Friedland, Martin L. *Double Jeopardy*. Oxford: Clarendon Press, 1969.
- Ho, Rubsen. “A World That Has Walls: A Charter Analysis of Military Tribunals” (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Hollies, J. H. “Canadian Military Law” (1961), 13 *Mil. L. Rev.* 69.
- Létourneau, Gilles. *Introduction to Military Justice: An Overview of the Military Penal Justice System and Its Evolution in Canada*. Montréal: Wilson Lafleur, 2012.
- Létourneau, Gilles, and Michel W. Drapeau. *Military Justice in Action: Annotated National Defence Legislation*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2015.
- Macdonald, Ronald Arthur. *Canada’s Military Lawyers*. Ottawa: Office of the Judge Advocate General, 2002.
- Madsen, Chris. *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia*. Vancouver: UBC Press, 1999.
- Morel, André. “Certain Guarantees of Criminal Procedure”, in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Toronto: Carswell, 1982, 367.
- Pitzul, Jerry S.T., and John C. Maguire. “A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline” (2002), 52 *A.F.L. Rev.* 1.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: Lexis Nexis, 2014.
- Walker, Janet. “A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine” (1993), 2 *N.J.C.L.* 366.
- Walker, Janet. “Military Justice: From Oxymoron to Aspiration” (1994), 32:1 *Osgoode Hall L.J.* 1.
- Friedland, Martin L. *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969.
- Ho, Rubsen. « A World That Has Walls : A Charter Analysis of Military Tribunals » (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed., Supp. Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).
- Hollies, J. H. « Canadian Military Law » (1961), 13 *Mil. L. Rev.* 69.
- Létourneau, Gilles. *Initiation à la justice militaire : un tour d’horizon du système de justice pénale militaire et de son évolution au Canada*, Montréal, Wilson Lafleur, 2012.
- Létourneau, Gilles, and Michel W. Drapeau. *Military Justice in Action : Annotated National Defence Legislation*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2015.
- Macdonald, Ronald Arthur. *Les avocats militaires du Canada*, Ottawa, Cabinet du Juge-avocat général, 2002.
- Madsen, Chris. *Another Kind of Justice : Canadian Military Law from Confederation to Somalia*, Vancouver, UBC Press, 1999.
- Morel, André. « Les garanties en matière de procédure et de peines », dans Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1982, 459.
- Pitzul, Jerry S.T., and John C. Maguire. « A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline » (2002), 52 *A.F.L. Rev.* 1.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), Lexis Nexis, 2014.
- Walker, Janet. « A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine » (1993), 2 *R.N.D.C.* 366.
- Walker, Janet. « Military Justice : From Oxymoron to Aspiration » (1994), 32:1 *Osgoode Hall L.J.* 1.

APPEALS from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Bell C.J. and Cournoyer and Gleason J.J.A.), 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156, [2017] C.M.A.J. No. 2 (QL), 2017 CarswellNat 2522 (WL Can.), affirming a decision of Perron M.J., 2013 CM 4028, 2013 CarswellNat 11404 (WL Can.), decisions of D’Auteuil M.J., 2013 CM 3032, 2013 CarswellNat 6527 (WL Can.); 2014 CM 3024, 2014 CarswellNat 8526 (WL Can.); 2015 CM 3007, 2015 CarswellNat 5821 (WL Can.); and 2015 CM 3009, 2015 CarswellNat 4878 (WL Can.), and a decision of Dutil M.J., rendered on August 22, 2014, and setting aside a decision of Dutil M.J., 2015 CM 1001, 2015 CarswellNat 146 (WL Can.). Appeals dismissed, Karakatsanis and Rowe J.J. dissenting.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Bell et les juges Cournoyer et Gleason), 2017 CACM 2, 391 C.R.R. (2d) 156, [2017] A.C.A.C. n° 2 (QL), 2017 CarswellNat 2523 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge militaire Perron, 2013 CM 4028, 2013 CarswellNat 11405 (WL Can.), des décisions du juge militaire D’Auteuil, 2013 CM 3032, 2013 CarswellNat 6527 (WL Can.); 2014 CM 3024, 2014 CarswellNat 8527 (WL Can.); 2015 CM 3007, 2015 CarswellNat 5822 (WL Can.); et 2015 CM 3009, 2015 CarswellNat 4879 (WL Can.), ainsi qu’une décision du juge militaire Dutil rendue le 22 août 2014, et qui a infirmé une décision du juge militaire Dutil, 2015 CM 1001, 2015 CarswellNat 146 (WL Can.). Pourvois rejetés, les juges Karakatsanis et Rowe sont dissidents.

APPEAL from a judgment of the Court Martial Appeal Court of Canada (Bell C.J. and Gagné and Ouellette J.J.A.), 2018 CMAC 4, 430 D.L.R. (4th) 557, [2018] C.M.A.J. No. 4 (QL), 2018 CarswellNat 5345 (WL Can.), setting aside a decision of Pelletier M.J., 2016 CM 4010, 2016 CarswellNat 3501 (WL Can.). Appeal allowed, Karakatsanis and Rowe JJ. dissenting in part.

Jean-Bruno Cloutier and Mark Létourneau, for the appellants (37701) and the respondent (38308).

Bruce W. MacGregor, Q.C., Dylan Kerr and Anthony M. Tamburro, for the respondents (37701) and the appellant (38308).

Adam Goldenberg, Peter Grbac and Asher Honickman, for the intervener Advocates for the Rule of Law (37701 and 38308).

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Côté and Brown JJ. was delivered by

MOLDAVER AND BROWN JJ. —

I. Overview

[1] Section 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees every person charged with an offence carrying a punishment of at least five years' imprisonment the right to the benefit of a jury trial, "except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal" (in French, "*sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire*"). In these appeals, we must determine the scope of this "military exception". More particularly, we must decide whether an offence under s. 130(1)(a) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5 ("NDA") falls within its scope.

[2] Since the earliest days of organized military forces in post-Confederation Canada, a separate system of military justice has operated parallel to the civilian justice system. Tailored to the unique needs of the Armed Forces, this system's processes "assure the maintenance of discipline, efficiency and morale

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la cour martiale du Canada (le juge en chef Bell et les juges Gagné et Ouellette), 2018 CACM 4, 430 D.L.R. (4th) 557, [2018] A.C.A.C. n° 4 (QL), 2018 CarswellNat 5344 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge militaire Pelletier, 2016 CM 4010, 2016 CarswellNat 3501 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Karakatsanis et Rowe sont dissidents en partie.

Jean-Bruno Cloutier et Mark Létourneau, pour les appelants (37701) et l'intimé (38308).

Bruce W. MacGregor, c.r., Dylan Kerr et Anthony M. Tamburro, pour les intimés (37701) et l'appelante (38308).

Adam Goldenberg, Peter Grbac et Asher Honickman, pour l'intervenant Advocates for the Rule of Law (37701 et 38308).

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Côté et Brown rendu par

LES JUGES MOLDAVER ET BROWN —

I. Aperçu

[1] L'alinéa 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à toute personne accusée d'une infraction punissable d'un emprisonnement de cinq ans ou plus le droit de bénéficier d'un procès avec jury, « sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire » (« *except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal* » dans la version anglaise). Dans le cadre des présents pourvois, nous devons établir la portée de cette « exception militaire ». Plus précisément, nous devons décider si une infraction visée à l'al. 130(1)a) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5 (« LDN »), tombe sous le coup de cette exception.

[2] Depuis l'instauration des forces militaires organisées au Canada après la Confédération, un système de justice militaire distinct fonctionne parallèlement au système de justice civil. Adaptés aux besoins particuliers des Forces armées, les processus de ce système visent « à assurer le maintien de la discipline,

of the military” (*R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 46). Its foundation is the Code of Service Discipline (“CSD”), contained in Part III of the *NDA*. The CSD, which is “an essential ingredient of service life” (*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, at p. 400), establishes the core features of the military justice system, including the categories of persons subject to the CSD, the “service offences” (as defined in s. 2 *NDA*) which contravene the CSD, the jurisdiction of military courts (or “service tribunals”, as defined in s. 2 *NDA*) to try these offences, and the processes for challenging their decisions.

[3] Section 130(1)(a) creates, by way of incorporation, service offences that add to those already contained in the CSD. It establishes, as a service offence, any “act or omission that takes place in Canada and is punishable under . . . the *Criminal Code* or any other Act of Parliament”. This transforms criminal and other federal offences (i.e., ordinary civil offences) that take place in Canada into service offences, thereby giving service tribunals jurisdiction (concurrent with civilian courts)¹ over such offences when committed by a person who is subject to the CSD.

[4] This Court has considered s. 130(1)(a) on several prior occasions. Nearly four decades ago in *MacKay*, the Court confirmed that the enactment of a provision transforming ordinary civil offences into service offences is a valid exercise of Parliament’s power over “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* (see p. 397). That conclusion is not challenged here. Twelve years later in *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, the Court affirmed “[t]he existence of a parallel system of military law and tribunals, for the purpose of enforcing discipline in the military” (p. 295). This observation was made in the context of a challenge to the court martial system under

¹ Ordinary civil offences may generally be tried in either the military justice system or the civilian justice system. The factors considered by prosecutors in streaming cases into one system or the other are outlined at paras. 102-3 of these reasons.

de l’efficacité et du moral des troupes » (*R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 46). Ce système repose sur le Code de discipline militaire (« CDM »), qui figure à la partie III de la *LDN*. Le CDM, « un ingrédient essentiel de la vie militaire » (*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, p. 400), établit les caractéristiques essentielles du système de justice militaire, y compris les catégories de personnes assujetties au CDM, les « infractions d’ordre militaire » (définies à l’art. 2 de la *LDN*) qui contreviennent au CDM, la compétence des « tribunaux militaires » (définis à l’art. 2 de la *LDN*) pour juger ces infractions, et les processus de contestation de leurs décisions.

[3] L’alinéa 130(1)a crée, par voie d’incorporation, des infractions d’ordre militaire qui s’ajoutent à celles déjà énoncées dans le CDM. Aux termes de cet alinéa, constitue une infraction d’ordre militaire « tout acte ou omission survenu au Canada et punissable sous le régime [. . .] du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale ». Cela transforme les infractions criminelles et autres infractions fédérales (c’est-à-dire les infractions civiles ordinaires) qui surviennent au Canada en infractions d’ordre militaire, conférant ainsi aux tribunaux militaires une compétence (concurrente à celle des tribunaux civils)¹ à l’égard de telles infractions lorsqu’elles sont commises par une personne assujettie au CDM.

[4] La Cour a examiné l’al. 130(1)a à plusieurs reprises. Il y a près de 40 ans, dans l’arrêt *MacKay*, elle a confirmé que l’adoption d’une disposition visant à transformer les infractions civiles ordinaires en infractions d’ordre militaire constituait un exercice valide du pouvoir du Parlement sur « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » conféré par le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir p. 397). Cette conclusion n’est pas contestée en l’espèce. Douze ans plus tard, dans l’arrêt *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, elle a confirmé « [l]’existence d’un système parallèle de droit et de tribunaux militaires, pour le maintien de la discipline dans les Forces armées » (p. 295). Cette observation a

¹ Les infractions civiles ordinaires peuvent généralement être jugées soit dans le système de justice militaire, soit dans le système de justice civil. Les facteurs pris en compte par les poursuivants pour acheminer les affaires vers l’un ou l’autre des systèmes sont énoncés aux paragraphes 102 et 103 des présents motifs.

s. 11(d) of the *Charter* — which guarantees the right to be tried by an independent and impartial tribunal — brought by a member of the Armed Forces charged under what is now s. 130(1)(a), among others. Most recently in *Moriarity*, this Court held that s. 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter* (para. 56), even absent a “direct link” between the circumstances of the alleged offence and military duties (see paras. 35-36). This conclusion stemmed from the recognition that “[c]riminal or fraudulent conduct, even when committed in circumstances that are not directly related to military duties, may have an impact on the standard of discipline, efficiency, and morale” in the military (para. 52).

[5] The accused persons now before this Court, all of whom were members of the Armed Forces at the relevant time, were each charged with one or more service offences under s. 130(1)(a). The underlying offences include sexual assault contrary to s. 271 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, forgery contrary to s. 367 of the *Criminal Code*, and other serious civil offences carrying a maximum punishment of at least five years’ imprisonment. Before various standing courts martial, the accused persons asserted their right to a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter*; maintained that the military exception was not engaged in their circumstances; and claimed that, since s. 130(1)(a) brought them within the military justice system (which does not provide for a trial by jury), it is inconsistent with their s. 11(f) right. All but one of those challenges failed, and appeals ensued. While the accused persons’ appeals in *R. v. Déry*, 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156 (“*Stillman*”)², were dismissed, the appeal in *R. v. Beaudry*, 2018 CMAC 4, 430 D.L.R. (4th) 557, was allowed, resulting in a declaration that s. 130(1)(a) is inconsistent with s. 11(f) of the *Charter* and is of no force or effect in its application to any civil offence for which the maximum sentence is five years or more (hereinafter, “serious civil offence”).

² As Private Déry is no longer involved in the litigation, we will refer to this decision as *Stillman*.

été faite dans le cadre d’une contestation du système de cours martiales fondée sur l’al. 11d) de la *Charte* — lequel garantit le droit d’être jugé par un tribunal indépendant et impartial — engagée par un membre des Forces armées accusé en vertu notamment de ce qui est maintenant l’al. 130(1)a). Plus récemment, dans l’arrêt *Moriarity*, la Cour a conclu que l’al. 130(1)a) n’a pas une portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte* (par. 56), même en l’absence d’un « lien direct » entre les circonstances de l’infraction reprochée et les fonctions militaires (voir par. 35-36). Cette conclusion découlait de la reconnaissance du fait que « [m]ême commis dans des circonstances non directement liées à des fonctions militaires, un comportement criminel ou frauduleux peut avoir une incidence sur les normes applicables au titre de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes » (par. 52).

[5] Les accusés en l’espèce, tous des membres des Forces armées à l’époque pertinente, ont été accusés d’une ou de plusieurs infractions d’ordre militaire en application de l’al. 130(1)a). Les infractions sous-jacentes comprennent l’agression sexuelle, en violation de l’art. 271 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, le faux, en violation de l’art. 367 du *Code criminel*, et d’autres infractions civiles graves punissables d’une peine maximale d’au moins cinq ans d’emprisonnement. Devant diverses cours martiales permanentes, les accusés ont fait valoir leur droit de bénéficier d’un procès avec jury prévu à l’al. 11f) de la *Charte*, ont soutenu que l’exception militaire ne s’appliquait pas à leur situation et ont affirmé que, comme l’al. 130(1)a) faisait en sorte que leur situation relevait du système de justice militaire (lequel ne prévoit pas de procès avec jury), cette disposition était incompatible avec le droit que leur garantit l’al. 11f). Toutes ces contestations ont été rejetées, sauf une, ce qui a donné lieu à des appels. Bien que les appels interjetés par les accusés dans *R. c. Déry*, 2017 CACM 2 (« *Stillman* »)², aient été rejetés, l’appel dans *R. c. Beaudry*, 2018 CACM 4, a été accueilli et a donné lieu au jugement déclaratoire selon lequel l’al. 130(1)a) est incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte* et est inopérant dans son application à toute infraction civile pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus (ci-après « infraction civile grave »).

² Comme le soldat Déry n’est plus partie au litige, nous appellerons cette décision *Stillman*.

[6] Before this Court, the accused persons submit that the only “offence[s] under military law” captured by the military exception in s. 11(f) are those listed in ss. 73-129 of the *NDA*, which include spying for the enemy (s. 78), mutiny with violence (s. 79), insubordination (s. 85), and other “purely” military offences. In other words, they say that only “special standards of military discipline”, to which ordinary citizens are not subject, constitute “military law”.

[7] The Crown, in contrast, submits that any service offence that is validly enacted pursuant to Parliament’s authority under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, qualifies as “an offence under military law” for the purposes of s. 11(f). It maintains that a service offence under s. 130(1)(a) is no less “an offence under military law” than spying for the enemy, mutiny, insubordination, or any other service offence set out in the *CSD*.

[8] Finally, and while neither the accused persons nor the Crown urges this Court to impose a “military nexus” requirement, that was the approach endorsed in *obiter* by the majority in *Stillman*, and as such it represents a third alternative to be considered.

[9] For reasons that follow, we conclude that s. 130(1)(a) of the *NDA* is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. In our view, the words “an offence under military law” in s. 11(f) refer to a service offence that is validly enacted pursuant to Parliament’s power over “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. As this Court’s jurisprudence confirms, s. 130(1)(a) is rooted in this head of power. Where, therefore, a serious civil offence is tried as a service offence under s. 130(1)(a), it qualifies as “an offence under military law”, thereby engaging the military exception in s. 11(f).

[6] Devant la Cour, les accusés font valoir que les seules « *offence[s] under military law* » (infractions au droit militaire) visées par l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte* sont celles énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*, notamment l’espionnage pour le compte de l’ennemi (art. 78), la mutinerie avec violence (art. 79), l’insubordination (art. 85) et d’autres infractions d’ordre [TRADUCTION] « purement » militaire. En d’autres termes, ils affirment que seules les « normes spéciales de discipline militaire », auxquelles les citoyens ordinaires ne sont pas assujettis, constituent du « *military law* » (ci-après « droit militaire »).

[7] La Couronne, en revanche, fait valoir que toute infraction d’ordre militaire valablement édictée en vertu du pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut être considérée comme une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f). Elle soutient qu’une infraction d’ordre militaire visée à l’al. 130(1)a) n’est pas moins une « *offence under military law* » que l’espionnage pour le compte de l’ennemi, la mutinerie, l’insubordination ou toute autre infraction d’ordre militaire énoncée dans le *CDM*.

[8] Enfin, et bien que ni les accusés ni la Couronne n’exhortent la Cour à imposer l’obligation d’établir l’existence d’un « lien de connexité avec le service militaire », il s’agit de l’approche approuvée dans les remarques incidentes des juges majoritaires dans *Stillman*, ce qui constitue donc une troisième possibilité à examiner.

[9] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que l’al. 130(1)a) de la *LDN* n’est pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*. À notre avis, l’expression « *offence under military law* » figurant à cette disposition renvoie à une infraction d’ordre militaire valablement adoptée conformément au pouvoir que le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur « [1]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». Comme le confirme la jurisprudence de la Cour, l’al. 130(1)a) prend sa source dans ce chef de compétence. Par conséquent, lorsqu’une infraction civile grave est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a), elle peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f).

[10] Accordingly, we would dismiss the appeals in *Stillman* and allow the appeal in *Beaudry*. The declaration in *Beaudry* that s. 130(1)(a) is of no force or effect in its application to any civil offence for which the maximum sentence is imprisonment of five years or more is set aside, and the conviction is restored.

II. Charter and Statutory Provision

[11] The two provisions at the heart of these appeals are s. 11(f) of the *Charter* and s. 130(1)(a) of the *NDA*:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

...

(f) except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment;

National Defence Act

PART III

Code of Service Discipline

...

Offences Punishable by Ordinary Law

Service trial of civil offences

130 (1) An act or omission

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

...

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

[10] Par conséquent, nous sommes d'avis de rejeter les pourvois interjetés dans *Stillman* et d'accueillir le pourvoi interjeté dans *Beaudry*. Le jugement déclaratoire rendu dans *Beaudry*, selon lequel l'al. 130(1)a est inopérant dans son application à toute infraction civile pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus est annulé, et la déclaration de culpabilité est rétablie.

II. Charte et disposition législative

[11] Les deux dispositions au cœur des présents pourvois sont l'al. 11f) de la *Charte* et l'al. 130(1)a de la *LDN* :

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit :

...

f) sauf s'il s'agit d'une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l'infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave;

Loi sur la défense nationale

PARTIE III

Code de discipline militaire

...

Infractions de droit commun

Procès militaire pour infractions civiles

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

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

...

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

III. Decisions Below

A. *Standing Courts Martial*

[12] The decisions of the various standing courts martial have already been recounted above. In brief, all but one of the accused persons' s. 11(f) challenges failed, leading to appeals to the Court Martial Appeal Court ("CMAC").

B. *R. v. Déry*, 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156 (Bell C.J. Concurring, Cournoyer and Gleason J.J.A.)

[13] In *Stillman*, the CMAC held that it was bound by horizontal *stare decisis* to follow its previous decision in *R. v. Royes*, 2016 CMAC 1, 338 C.C.C. (3d) 183, where the court concluded that s. 130(1)(a) is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. In *Royes*, the court reasoned that the acts and omissions referred to in s. 130(1)(a) are service offences and that service offences are offences under military law such that the military exception in s. 11(f) is engaged. In reaching this conclusion, the court relied heavily on this Court's decision in *Moriarity*, stating that although *Moriarity* did not expressly consider s. 11(f), it nonetheless "dictates finding that paragraph 130(1)(a) of the *NDA*, interpreted without a military nexus requirement, does not violate section 11(f) of the *Charter*" (para. 60).

[14] In *obiter dicta*, however, the majority in *Stillman* added that, in its view, *Royes* was wrongly decided. It observed that the scope of the military exception in s. 11(f) of the *Charter* was not before the Court in *Moriarity*, and that ss. 7 and 11(f) entail mutually distinct analyses. Further, citing the need to give *Charter* rights a generous and purposive interpretation, the majority reasoned that reading in a "military nexus" requirement into s. 130(1)(a) would provide the fullest measure of protection afforded by s. 11(f). It also cited an "emerging international trend [towards] restricting the jurisdiction of military tribunals" (para. 65). Finally, it stressed that the meaning

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cours martiales permanentes*

[12] Les décisions des diverses cours martiales permanentes ont déjà été mentionnées précédemment. En bref, toutes les contestations des accusés fondées sur l'al. 11f) ont été rejetées sauf une, ce qui a donné lieu à des appels devant la Cour d'appel de la cour martiale (« CACM »).

B. *R. c. Déry*, 2017 CACM 2 (le juge en chef Bell, motifs concordants, et les juges Cournoyer et Gleason)

[13] Dans *Stillman*, la CACM a affirmé qu'en raison du principe de l'autorité de la chose jugée par un tribunal de même instance, elle était liée par son jugement rendu antérieurement dans *R. c. Royes*, 2016 CACM 1, dans lequel elle a conclu que l'al. 130(1)a) n'est pas incompatible avec l'al. 11f) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Royes*, la cour a établi que les actes et omissions auxquels fait référence l'al. 130(1)a) sont des infractions d'ordre militaire et que de telles infractions sont des « *offence[s] under military law* », de sorte que l'exception militaire prévue à l'al. 11f) s'applique. Pour en arriver à cette conclusion, la cour s'est fortement appuyée sur l'arrêt *Moriarity* de notre Cour, déclarant que même si cet arrêt ne traitait pas expressément de l'al. 11f), il dictait néanmoins « de conclure que l'alinéa 130(1)a) de la *LDN*, interprété sans l'exigence d'un lien de connexité avec le service militaire, ne contrevient pas à l'alinéa 11f) de la *Charte* » (par. 60 (CanLII)).

[14] Toutefois, dans *Stillman*, les juges majoritaires ont ajouté dans des remarques incidentes qu'à leur avis, l'arrêt *Royes* est erroné. Ils ont fait remarquer que la question de la portée de l'exception militaire, prévue à l'al. 11f) de la *Charte*, n'avait pas été soumise à la Cour dans *Moriarity*, et que l'art. 7 et l'al. 11f) nécessitaient des analyses distinctes. De plus, invoquant la nécessité d'interpréter les droits garantis par la *Charte* de manière libérale et téléologique, les juges majoritaires ont expliqué que le fait d'inclure par voie d'interprétation extensive dans l'al. 130(1)a) l'obligation d'établir l'existence d'un « lien de connexité avec

of “an offence under military law” should be informed by the *Charter* and *Charter* values, rather than by Parliament’s chosen definition of “military law”, which may change from time to time. In sum, the majority took the view that it is only by reading in a “military nexus” requirement that s. 130(1)(a) can pass constitutional muster under s. 11(f).

[15] In his concurring reasons, Bell C.J. agreed with the majority that the court was bound by *Royes*, but disagreed with the majority’s view that *Royes* was incorrectly decided.

C. *R. v. Beaudry*, 2018 CMAC 4, 430 D.L.R. (4th) 557 (Bell C.J. Dissenting, Gagné and Ouellette J.J.A.)

[16] In *Beaudry*, the majority held that it was not bound by *Royes* and *Stillman*, stating that horizontal *stare decisis* “will not be applied too strictly” where a citizen’s freedom is concerned (para. 19 (CanLII)). The majority was fortified in this view by the irreconcilability of *Royes* and the *obiter* discussion in *Stillman*, the resulting uncertainty in the law, and the fact that this Court had already granted leave in *Stillman*.

[17] Having determined that it was not bound by *Royes* and *Stillman*, the majority considered the scope of the military exception in s. 11(f) of the *Charter* afresh, concluding that the only offences that qualify as “offence[s] under military law” for the purposes of s. 11(f) are those listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*. Accordingly, the majority held that s. 130(1)(a) is inconsistent with s. 11(f) because it deprives service members of the right to a trial by jury for serious

le service militaire » permettrait d’accorder, dans sa pleine mesure, la protection conférée par l’al. 11f). Ils ont également invoqué une « tendance émergente, à l’échelle internationale, visant à restreindre la compétence des tribunaux militaires » (par. 65). Enfin, ils ont souligné que la signification de l’expression « *offence under military law* » devrait s’inspirer de la *Charte* et de ses valeurs, plutôt que d’une définition de droit militaire choisie par le Parlement, qui peut être modifiée périodiquement. En somme, les juges majoritaires se sont dits d’avis que seule l’inclusion par voie d’interprétation extensive de l’obligation d’établir l’existence d’un « lien de connexité avec le service militaire » permet à l’al. 130(1)a) de résister à un examen constitutionnel fondé sur l’al. 11f).

[15] Dans ses motifs concordants, le juge en chef Bell a convenu avec les juges majoritaires que la cour était liée par l’arrêt *Royes*, mais il a exprimé son désaccord avec leur point de vue selon lequel cet arrêt était erroné.

C. *R. c. Beaudry*, 2018 CACM 4 (le juge en chef Bell dissident, et les juges Gagné et Ouellette)

[16] Dans l’arrêt *Beaudry*, les juges majoritaires ont estimé qu’ils n’étaient pas liés par les arrêts *Royes* et *Stillman*, affirmant que le principe de l’autorité de la chose jugée par un tribunal de même instance « ne sera pas appliqué avec trop de rigidité » lorsque la liberté d’un citoyen est en cause (par. 19 (CanLII)). Les juges majoritaires ont été confortés dans leur opinion par l’incompatibilité de l’arrêt *Royes* et des remarques incidentes formulées dans *Stillman*, par l’incertitude dans l’état du droit qui en découle et par le fait que la Cour avait déjà accordé l’autorisation d’interjeter appel dans *Stillman*.

[17] Ayant estimé qu’ils n’étaient pas liés par les arrêts *Royes* et *Stillman*, les juges majoritaires se sont penchés de nouveau sur la portée de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte* et ont conclu que les seules infractions susceptibles d’être considérées comme des « *offence[s] under military law* » pour l’application de l’al. 11f) étaient celles énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*. Par conséquent, ils ont statué que l’al. 130(1)a) est incompatible avec

civil offences. It further held that this inconsistency could not be justified under s. 1 of the *Charter*, and declared s. 130(1)(a) to be of no force or effect in its application to any serious civil offence.

[18] In dissent, Bell C.J. maintained that the court was bound by *Royes* and *Stillman*, such that s. 130(1)(a) is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*.

IV. Issue

[19] The issue on appeal is whether s. 130(1)(a) of the *NDA* is inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. This turns on whether a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as “an offence under military law”, thereby engaging the military exception in s. 11(f).

V. Analysis

[20] To resolve the issue raised on these appeals, we will first examine the right to a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter*, then turn to consider the military exception. As we will explain, the inclusion of a military exception shows that s. 11(f) contemplates a parallel system of military justice designed to foster discipline, efficiency, and morale in the military. To understand this parallel system and why it is the subject of a discrete exception in s. 11(f), we trace its evolution over time from a command-centric model of discipline to a full partner in administering justice alongside the civilian justice system. This in turn bears on the meaning of the words “an offence under military law” in s. 11(f) which, as we will also explain, captures any service offence validly enacted pursuant to Parliament’s power under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*.

l’al. 11f) parce qu’il prive les militaires du droit de bénéficier d’un procès avec jury pour des infractions civiles graves. Ils ont en outre conclu que cette incompatibilité ne pouvait se justifier au regard de l’article premier de la *Charte* et ont déclaré que l’al. 130(1)a) était inopérant dans son application à toute infraction civile grave.

[18] Dans ses motifs dissidents, le juge en chef Bell a affirmé que la cour était liée par les arrêts *Royes* et *Stillman*, de sorte que l’al. 130(1)a) n’était pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*.

IV. Question en litige

[19] Les pourvois soulèvent la question de savoir si l’al. 130(1)a) de la *LDN* est incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*. Il s’agit de décider si une infraction civile grave jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f).

V. Analyse

[20] Pour trancher la question soulevée par les présents pourvois, nous nous pencherons d’abord sur le droit à un procès avec jury garanti par l’al. 11f) de la *Charte*, puis nous examinerons l’exception militaire. Comme nous l’expliquerons plus loin, l’inclusion d’une telle exception montre que l’al. 11f) envisage un système de justice militaire parallèle visant à favoriser la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. Pour comprendre ce système parallèle et la raison pour laquelle il fait l’objet d’une exception distincte à l’al. 11f), nous retracerons son évolution au fil du temps — d’un modèle de discipline centré sur le commandement, il est devenu un partenaire à part entière du système de justice civil dans l’administration de la justice —, ce qui influe sur le sens de l’expression « *offence under military law* » prévue à l’al. 11f), qui, comme nous l’expliquerons également, englobe toute infraction d’ordre militaire validement adoptée en vertu du pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

A. *Section 11(f) of the Charter*(1) Principles of Constitutional Interpretation

[21] A *Charter* right must be understood “in the light of the interests it was meant to protect” (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; see also *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 157), accounting for “the character and the larger objects of the *Charter* itself”, “the language chosen to articulate the specific right or freedom”, “the historical origins of the concepts enshrined” and, where applicable, “the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*” (*Big M*, at p. 344). It follows that *Charter* rights are to be interpreted “generous[ly]”, aiming to “fulfi[l] the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*’s protection” (*ibid.*). At the same time, it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question (*ibid.*). As Professor Hogg observes:

In the case of most rights . . . the widest possible reading of the right, which is the most generous interpretation, will “overshoot” the purpose of the right, by including behaviour that is outside the purpose and unworthy of constitutional protection. The effect of a purposive approach is normally going to be to narrow the scope of the right. Generosity is a helpful idea as long as it is subordinate to purpose. [Footnote omitted.]

(*Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at p. 36-30)

[22] Generally speaking, the same core interpretive principles that apply to *rights* stated in the *Charter* also apply to *exceptions* stated in the *Charter*. They are to be read purposively, rather than in a technical or legalistic fashion. And, just as courts must take care not to “overshoot” the purpose of a *Charter* right by giving it an unduly generous interpretation, so too must they be careful not to “undershoot” the purpose of a *Charter* exception by giving it an unduly narrow interpretation. But since a *Charter* exception can be understood only if the right it qualifies

A. *Alinéa 11f) de la Charte*(1) Principes d’interprétation constitutionnelle

[21] Un droit garanti par la *Charte* doit s’interpréter « en fonction des intérêts qu’i[l] vis[e] à protéger » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; voir aussi *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 157), en tenant compte « de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même », « des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté », « des origines historiques des concepts enchâssés » et, s’il y a lieu, « du sens et de l’objet des autres libertés et droits particuliers qui s’y rattachent selon le texte de la *Charte* » (*Big M*, p. 344). Il s’ensuit que l’interprétation des droits garantis par la *Charte* doit être « libérale » et « viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (*ibid.*). En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question (*ibid.*). Comme le fait remarquer le professeur Hogg :

[TRADUCTION] Dans le cas de la plupart des droits [. . .] l’interprétation la plus large possible du droit, qui est l’interprétation la plus libérale, « [ira] au-delà » de l’objet du droit en englobant des comportements qui ne s’inscrivent pas dans le cadre de l’objet et ne sont pas dignes d’une protection constitutionnelle. Une interprétation téléologique a généralement pour effet de restreindre la portée du droit. L’interprétation libérale est un concept utile tant qu’il est subordonné à l’objet. [Note en bas de page omise.]

(*Constitutional Law of Canada* (5^e éd. suppl.), p. 36-30)

[22] Règle générale, les principes fondamentaux d’interprétation s’appliquant aux *droits* qu’énonce la *Charte* s’appliquent également aux *exceptions* qu’elle prévoit. Leur interprétation doit être téléologique plutôt que technique ou formaliste. En outre, tout comme ils doivent veiller à ne pas « aller au-delà » de l’objet d’un *droit* garanti par la *Charte* en accordant à ce droit une interprétation indûment libérale, les tribunaux doivent également prendre garde de ne pas « rester en deçà » de l’objet d’une *exception* prévue par la *Charte* en donnant à cette

is understood, the court should consider the two together.

[23] Bearing these principles in mind, we turn first to consider the right to a trial by jury under s. 11(f) of the *Charter* before moving to the military exception.

(2) The Right to a Trial by Jury

[24] Jury trials in English courts can be traced back more than 900 years to the time of William the Conqueror (see *R. v. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732 (C.A.), at p. 742, citing W. S. Holdsworth, *A History of English Law* (5th ed. 1931), vol. 1, at pp. 312-50). The jury “protected accused persons in times past when the monarch could exert undue influence on proceedings being conducted in his own courts” (*R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384, at p. 1401) and provided “a mean[s] of counterbalancing the broad powers of the King and later the State” (*R. v. Trépanier*, 2008 CMAC 3, 232 C.C.C. (3d) 498, at para. 75).

[25] The modern-day understanding of the nature and importance of the right to a trial by jury was explained in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, where Wilson J. wrote:

The right of the accused to receive a trial before a judge and jury of his or her peers is an important right which individuals have historically enjoyed in the common law world. The jury has often been praised as a bulwark of individual liberty. Sir William Blackstone, for example, called the jury “the glory of the English law” and “the most transcendent privilege which any subject can enjoy”: Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8th ed. 1778), vol. 3, at p. 379.

The jury serves collective or social interests in addition to protecting the individual. The jury advances social purposes primarily by acting as a vehicle of public education and lending the weight of community standards to trial verdicts. Sir James Stephen underlined

exception une interprétation indûment restrictive. Cependant, comme une exception prévue par la *Charte* ne peut être interprétée qu’en fonction du droit qu’elle restreint, le tribunal devrait les examiner ensemble.

[23] Gardant ces principes à l’esprit, nous nous pencherons d’abord sur le droit à un procès avec jury garanti par l’al. 11f) de la *Charte* avant de nous tourner vers l’exception militaire.

(2) Le droit à un procès avec jury

[24] Dans les tribunaux anglais, la tenue de procès avec jury remonte à il y a plus de 900 ans, à l’époque de Guillaume le Conquérant (voir *R. c. Bryant* (1984), 48 O.R. (2d) 732 (C.A.), p. 742, citant sir W. S. Holdsworth, *A History of English Law* (5^e éd. 1931), vol. 1, p. 312-350). Le jury « assurait la protection des accusés à l’époque, maintenant révolue, où le monarque pouvait exercer une influence indue sur les procédures qui se déroulaient devant ses propres tribunaux » (*R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384, p. 1401) et constituait un moyen de « contrebalancer les pouvoirs étendus du Roi et par la suite de l’État » (*R. c. Trépanier*, 2008 CACM 3, par. 75 (CanLII)).

[25] La compréhension moderne de la nature et de l’importance du droit à un procès avec jury a été expliquée dans *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, où la juge Wilson a écrit ce qui suit :

Le droit d’un accusé de subir un procès devant un juge et un jury composé de ses pairs est un droit important dont les personnes jouissent depuis fort longtemps dans les pays de *common law*. Le jury a souvent été louangé comme étant le rempart des libertés individuelles. Par exemple, sir William Blackstone a qualifié le jury de [TRADUCTION] « gloire du droit anglais » et de [TRADUCTION] « privilège le plus transcendant dont tout sujet peut jouir » : Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (8^e éd. 1778), vol. 3, à la p. 379.

Le jury joue un rôle collectif ou social en plus d’assurer la protection des individus. Le jury remplit ce rôle social premièrement en servant de moyen d’éducation du public et en incorporant les normes de la société aux verdicts des procès. Sir James Stephen souligne le rôle

the collective interests served by trial by jury when he stated:

. . . trial by jury interests large numbers of people in the administration of justice and makes them responsible for it. It is difficult to over-estimate the importance of this. It gives a degree of power and of popularity to the administration of justice which could hardly be derived from any other source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, at p. 573.)

In both its study paper (*The Jury in Criminal Trials* (1980), at pp. 5-17) and in its report to Parliament (*The Jury* (1982), at p. 5) the Law Reform Commission of Canada recognized that the jury functions both as a protection for the accused and as a public institution which benefits society in its educative and legitimizing roles. [pp. 1309-10]

[26] Not long after *Turpin* was decided, L'Heureux-Dubé J. described the role and significance of the jury as an institution in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509:

The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppressive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole. [pp. 523-24]

[27] More recently, the majority in *R. v. Kokopenace*, 2015 SCC 28, [2015] 2 S.C.R. 398, emphasized that “[t]he right to be tried by a jury of one’s peers is one of the cornerstones of our criminal justice system” (para. 1). This is illustrated by the fact that under s. 471 of the *Criminal Code*, every person charged with an indictable offence shall be tried by a judge and jury unless otherwise stipulated by law.

[28] This brief review reveals that the right to a jury serves two main purposes. First, at the individual

collectif que remplit le procès par jury dans les termes suivants :

[TRADUCTION] . . . le procès avec jury intéresse un grand nombre de personnes à l’administration de la justice et leur en fait porter la responsabilité. On ne saurait accorder trop d’importance à cet aspect. Il confère un degré de puissance et de popularité à l’administration de la justice qui pourrait difficilement provenir d’une autre source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, à la p. 573.)

Aussi bien dans son document de travail intitulé *Le jury en droit pénal* (1980), aux pp. 5 à 17, que dans son rapport au Parlement intitulé *Le jury* (1982), à la p. 5, la Commission de réforme du droit du Canada a reconnu que le jury joue un rôle tant à l’égard de la protection de l’accusé qu’à titre d’institution publique dont la société profite à cause de ses fonctions d’éducation et de légitimation. [p. 1309-1310]

[26] Peu après le prononcé de l’arrêt *Turpin*, la juge L’Heureux-Dubé a décrit le rôle et l’importance du jury en tant qu’institution dans *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509 :

Le jury, en raison du caractère collectif de ses décisions, s’avère un excellent juge des faits. Sa représentativité en fait la conscience de la collectivité. De plus, le jury peut servir de dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application. Il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle et, grâce à la participation du public, le jury accroît la confiance de la société dans l’ensemble du système. [p. 523-524]

[27] Plus récemment, les juges majoritaires dans *R. c. Kokopenace*, 2015 CSC 28, [2015] 2 R.C.S. 398, ont souligné que « [l]e droit d’être jugé par un jury formé de ses pairs est l’une des pierres angulaires de notre système de justice pénale » (par. 1). À preuve, suivant l’art. 471 du *Code criminel*, toute personne inculpée d’un acte criminel doit être jugée par un juge et un jury, sauf disposition contraire de la loi.

[28] Ce bref examen révèle que le droit à un procès avec jury poursuit deux objectifs principaux.

level, it protects the accused by giving him or her the benefit of a trial by his or her peers. Since the right is held by the accused, this individual dimension is of utmost importance. Secondly, at the societal level, it provides a vehicle for public education about the criminal justice system and lends the weight of community standards to trial verdicts.

[29] Notwithstanding the significance of these twin purposes, the right to a trial by jury is not absolute. Rather, s. 11(f) carves out an internal exception to this right, which distinguishes it from most other *Charter* rights.

(3) The Military Exception

[30] Section 11(f) carves out an exception to the right to a trial by jury that applies to “an offence under military law tried before a military tribunal” (in French, “*une infraction relevant de la justice militaire*”). This exception “contemplate[s] the existence of a system of military tribunals with jurisdiction over cases governed by military law” (*Généreux*, at p. 296).

(a) *The Shared Meaning of the English and French Text*

[31] A preliminary interpretive issue arose in *Beaudry*. The English text in s. 11(f) appears to differ in substance from the French. The English version refers to two separate components: for the exception to apply, the offence must be both (1) “under military law” and (2) “tried before a military tribunal”. For its part, the French version refers to a single component: “*une infraction relevant de la justice militaire*” (an offence under the military justice system).

[32] As Bastarache J. stated in *R. v. Mac*, 2002 SCC 24, [2002] 1 S.C.R. 856, “statutory interpretation of bilingual enactments begins with a search for the shared meaning between the two versions” (para. 5, citing P.-A. Côté, *Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 327). The question, then, is as follows: What is the shared meaning

Premièrement, sur le plan individuel, il protège l’accusé en lui permettant d’être jugé par ses pairs. Comme le droit appartient à l’accusé, cette dimension individuelle est de la plus haute importance. Deuxièmement, sur le plan social, il sert de moyen d’éduquer le public sur le système de justice pénale et il incorpore les normes de la société aux verdicts des procès.

[29] Malgré l’importance de ce double objectif, le droit à un procès avec jury n’est pas absolu. L’alinéa 11f) prévoit plutôt une exception à ce droit, ce qui le distingue de la plupart des autres droits garantis par la *Charte*.

(3) L’exception militaire

[30] L’alinéa 11f) prévoit une exception au droit de bénéficier d’un procès avec jury qui s’applique à « une infraction relevant de la justice militaire » (« *an offence under military law tried before a military tribunal* » dans la version anglaise). Cette exception « prévoit l’existence d’un système de tribunaux militaires ayant compétence sur les affaires régies par le droit militaire » (*Généreux*, p. 296).

a) *Le sens commun des versions anglaise et française*

[31] Une question d’interprétation préliminaire a été soulevée dans l’arrêt *Beaudry*. Il semble y avoir une différence, sur le plan du fond, entre les textes anglais et français de l’al. 11f). La version anglaise comprend deux volets distincts : pour que l’exception s’applique, il doit s’agir d’une infraction (1) « *under military law* » (au droit militaire) (2) « *tried before a military tribunal* » (jugée devant un tribunal militaire). Pour sa part, la version française ne comporte qu’un seul volet : « une infraction relevant de la justice militaire ».

[32] Comme l’a déclaré le juge Bastarache dans l’arrêt *R. c. Mac*, 2002 CSC 24, [2002] 1 R.C.S. 856, « pour interpréter une loi bilingue, il faut en premier lieu rechercher le sens qui est commun aux deux versions » (par. 5, citant P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), p. 413-414). La question qui se pose est donc la suivante : Quel est le sens commun

between the English and French versions of the military exception in s. 11(f)?

[33] In our view, the English and French texts share a single meaning. Whereas the English version refers to substantive law (“military law”) and forum (“military tribunal”) independently, the French version simply uses the more compendious “*relevant de la justice militaire*” (under the military justice system), which encompasses both substantive law and forum. These two elements should be read together as denoting the military justice system *as a whole*, as the French text makes clear.

[34] In determining the scope of the military exception, we will first turn to the system of military justice contemplated by this exception.

B. *Canada’s Military Justice System*

(1) The Existence and Purpose of Canada’s Parallel System of Military Justice

[35] Canada’s military justice system has always been separate from the civilian justice system. “[D]eeply entrenched in our history” (*Généreux*, at p. 295), its purpose is to provide processes that will “assure the maintenance of discipline, efficiency and morale of the military” (*Moriarity*, at para. 46; see also *Généreux*, at p. 293).

[36] The military justice system is therefore designed to meet the unique needs of the military with respect to discipline, efficiency, and morale. As Lamer C.J. wrote in *Généreux*, “[t]o maintain the Armed Forces in a state of readiness, the military must be in a position to enforce internal discipline effectively and efficiently. Breaches of military discipline must be dealt with speedily and, frequently, punished more severely than would be the case if a civilian engaged in such conduct” (p. 293). Further, “[r]ecourse to the ordinary criminal courts would, as a general rule, be inadequate to serve the particular disciplinary needs of the military” (*ibid.*). And, while these purposes of the military justice system have remained consistent over the years, the complexion of the system itself has changed significantly over

aux versions anglaise et française de l’exception militaire prévue à l’al. 11f)?

[33] À notre avis, les textes anglais et français ont un seul et même sens. Alors que la version anglaise mentionne distinctement le droit substantiel (« *military law* ») et le tribunal (« *military tribunal* »), la version française utilise uniquement l’expression « *relevant de la justice militaire* », qui est plus concise et qui englobe le droit substantiel et le tribunal. Ces deux éléments devraient être interprétés conjointement et être considérés comme renvoyant au système de justice militaire *dans son ensemble*, comme l’indique clairement le texte français de la disposition.

[34] Pour déterminer la portée de l’exception militaire, nous nous pencherons d’abord sur le système de justice militaire visé par cette exception.

B. *Système de justice militaire canadien*

(1) L’existence et l’objectif du système de justice militaire parallèle du Canada

[35] Le système de justice militaire canadien a toujours été distinct du système de justice civil. « [P]rofondément enracin[é] dans notre histoire » (*Généreux*, p. 295), il vise à établir des processus visant à « assurer le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes » (*Moriarity*, par. 46; voir aussi *Généreux*, p. 293).

[36] Le système de justice militaire est donc conçu pour répondre aux besoins particuliers des troupes sur les plans de la discipline, de l’efficacité et du moral. Comme l’a écrit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Généreux*, « [p]our que les Forces armées soient prêtes à intervenir, les autorités militaires doivent être en mesure de faire respecter la discipline interne de manière efficace. Les manquements à la discipline militaire doivent être réprimés promptement et, dans bien des cas, punis plus durement que si les mêmes actes avaient été accomplis par un civil » (p. 293). Il ajoute que « [l]e recours aux tribunaux criminels ordinaires, en règle générale, serait insuffisant pour satisfaire aux besoins particuliers des Forces armées sur le plan de la discipline » (*ibid.*). Bien que les objectifs du système de justice militaire

time in response to developments in law, military life, and society, more broadly.

(2) Early History

[37] Canadian military law traces its roots to the United Kingdom (see Office of the Judge Advocate General, *Draft Internal Report — Court Martial Comprehensive Review*, January 17, 2018 (online) (“*CMCR Interim Report*”), at p. 31, citing R. A. Macdonald, “The Trail of Discipline: The Historical Roots of Canadian Military Law” (1985), 1 *JAG Journal* 1, at pp. 6-7). “Shortly after Confederation, the Canadian Army was first organized under the *Militia Act of 1868*”, which served to incorporate the existing U.K. *Army Act* (see *CMCR Interim Report*, at p. 31, citing J. B. Fay, “Canadian Military Criminal Law: An Examination of Military Justice” (1975), 23 *Chitty’s L.J.* 120, at pp. 121-22). The Royal Canadian Navy and the Royal Canadian Air Force followed suit, drawing upon existing U.K. statutes for their respective disciplinary codes (*ibid.*).

[38] Until the *NDA* was enacted in 1950, control over military discipline was concentrated in the chain of command, consistent with the prevailing attitudes of the time that military discipline was the prerogative of commanders, and that “the soldier should learn to look to his officer alone for justice” (*CMCR Interim Report*, at p. 31, quoting C. Madsen, *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia* (1999), at p. 11). Charges that led to court martial (i.e., military court) proceedings originated within the forces, and the officers who formed part of the court martial that would try the case would decide the matter without necessarily having the assistance of a trained lawyer or judge (“judge advocate”) instructing them on the law (see *CMCR Interim Report*, at p. 31, citing R. A. Macdonald, *Canada’s Military Lawyers* (2002), at pp. 6-9). Nor could the accused generally appeal the verdict of a court martial.

soient demeurés les mêmes au fil des ans, le caractère du système lui-même a grandement changé avec le temps en réponse à l’évolution du droit, de la vie militaire et, de façon plus générale, de la société.

(2) Les débuts

[37] Le droit militaire canadien trouve son origine dans le droit militaire du Royaume-Uni (voir Cabinet du juge-avocat général, *Ébauche — Rapport interne — Révision globale de la cour martiale*, 17 janvier 2018 (en ligne) (« *rapport provisoire issu de la RGCM* »), p. 25, citant R. A. Macdonald, « Le sentier de la discipline : les racines historiques du Code de Justice militaire canadien » (1985), 1 *Rev. JAG* 1, p. 7-8). « Peu de temps après la Confédération, soit en 1868, l’AC [l’armée canadienne] a été établie en vertu de la *Militia Act* (Loi sur la Milice) », laquelle a servi à incorporer l’*Army Act* britannique existante (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 25, citant J. B. Fay, « Canadian Military Criminal Law : An Examination of Military Justice » (1975), 23 *Chitty’s L.J.* 120, p. 121-122). La Marine royale canadienne et l’Aviation royale du Canada ont fait de même, s’appuyant sur les lois existantes au R.-U. pour établir leur code de discipline respectif (*ibid.*).

[38] Jusqu’à l’adoption de la *LDN* en 1950, le contrôle de la discipline militaire relevait principalement de la chaîne de commandement conformément à la mentalité de l’époque, selon laquelle la discipline militaire est la prérogative des commandants et [TRADUCTION] « le soldat doit accepter qu’en ce qui concerne les questions de justice il doit s’en remettre à son officier » (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 26, citant C. Madsen, *Another Kind of Justice : Canadian Military Law from Confederation to Somalia* (1999), p. 11). Les accusations qui menaient une personne en cour martiale (c.-à-d., devant un tribunal militaire) étaient déposées par un membre des forces armées, et les officiers qui constituaient la cour martiale chargée de juger l’affaire statuaient sur celle-ci sans nécessairement être conseillés sur le plan juridique par un avocat ou juge qualifié (« juge-avocat ») (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 25, citant R. A. Macdonald, *Les avocats militaires du Canada* (2002), p. 6-10). En outre, l’accusé ne pouvait généralement pas interjeter appel du verdict d’une cour martiale.

[39] Hence, at this early stage of the Canadian military justice system's development, the system was largely a "command-centric disciplinary tool" (*CMCR Interim Report*, at p. 51). The need for commanders to have access to "an instrument for dealing with serious misconduct by their personnel that would swiftly and strongly promote discipline" was seen as paramount (*ibid.*), and "the focus of a court martial was placed far more on discipline than on what we would now call justice" (*ibid.*, at p. 32).

(3) The National Defence Act of 1950

[40] After World War II, Canada sought to reform its military law (see *CMCR Interim Report*, at p. 32). The centrepiece of this reform effort was the *National Defence Act*, S.C. 1950, c. 43, which amalgamated several military statutes into a single piece of legislation, created a uniform Code of Service Discipline applicable to all three services (Army, Navy, and Air Force), and modernized many aspects of military justice (*ibid.*, at p. 33).

[41] The *NDA* of 1950, ushered in a new era of military justice — it "represented a major evolution toward standards of justice that applied in civilian criminal courts in a number of ways" (*ibid.*). For example, it created a statutory right of appeal from findings and sentences of courts martial to the Court Martial Review Board, aligned many punishments and procedures more closely with civilian equivalents, and required a legally trained judge advocate to officiate at every General Court Martial hearing (*ibid.*, citing W. J. Lawson, "Canadian Military Law" (1951), 9 *Judge Advocate J.* 1, at pp. 7-11). At the same time, "many of the more command-centric features of the court martial system remained in place" (*ibid.*, at p. 33). For example, military commanders continued to enjoy the authority to overrule decisions of courts martial, and military prosecutors lacked the broad discretion that is standard for civilian prosecutors (*ibid.*, at p. 34).

[39] En conséquence, en cette étape initiale de son évolution, le système de justice militaire canadien était essentiellement un « outil disciplinaire centré sur le commandement » (*rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 47). Le besoin qu'avaient les commandants d'avoir accès à un « instrument leur permettant de gérer les inconduites graves de leur personnel et de renforcer rapidement et sensiblement la discipline » était considéré comme primordial (*ibid.*), et « les cours martiales s'intéressaient davantage à la discipline qu'à ce que l'on considère aujourd'hui comme étant la justice » (*ibid.*, p. 26).

(3) La Loi sur la défense nationale de 1950

[40] Après la Deuxième Guerre mondiale, le Canada a tenté de réformer son droit militaire (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 26). Au centre de cette réforme se trouvait la *Loi sur la défense nationale*, S.C. 1950, c. 43, laquelle a amalgamé plusieurs lois militaires pour n'en former qu'une seule, a créé un code de discipline militaire uniforme applicable aux trois services (l'Armée de terre, la Marine et la Force aérienne) et a modernisé de nombreux aspects de la justice militaire (*ibid.*, p. 27).

[41] La *LDN* de 1950 a marqué le début d'une nouvelle ère pour la justice militaire, car elle « a permis de rendre applicables les normes de justice que doivent appliquer les tribunaux civils de juridiction criminelle » (*ibid.*). Par exemple, elle a créé un droit d'appel à l'encontre des décisions des cours martiales et des peines infligées par celles-ci devant le Conseil de révision des cours martiales, elle a rendu de nombreuses peines et procédures plus conformes à leurs équivalents civils et elle a exigé que toute audience d'une cour martiale générale soit présidée par un juge-avocat ayant suivi une formation en droit (*ibid.*, citant W. J. Lawson, « Canadian Military Law » (1951), 9 *Judge Advocate J.* 1, p. 7-11). Parallèlement, « bon nombre de caractéristiques du système de cours martiales mettant davantage l'accent sur le commandement ont été conservées » (*ibid.*, p. 28). Par exemple, les commandants militaires continuaient d'avoir le pouvoir d'infirmier les décisions des cours martiales et les procureurs militaires n'avaient pas le large pouvoir discrétionnaire qu'ont normalement les procureurs civils (*ibid.*, p. 28).

(4) Charter-Era Reforms to the *National Defence Act*

[42] For almost half a century, the *NDA* remained largely unchanged (see *CMCR Interim Report*, at p. 34). Beginning in the early 1990s, however, important amendments and associated regulations were implemented in response to changing attitudes regarding due process, legal developments such as the *Charter* and subsequent decisions of the CMAC and this Court, and several detailed studies examining the military justice system (*ibid.*, at pp. 34 and 52).

[43] As to regulatory reform, in 1990 the Governor-in-Council amended the *Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces*, which are the main source of regulations governing the military, in an effort to strengthen the military justice system by providing more independence to key actors in that system (*ibid.*, at pp. 34-35).

[44] Jurisprudential developments included the 1992 constitutional challenge in *Généreux* to parts of the pre-1990 regime. The appellant in that case argued that a General Court Martial under the pre-1990 regime was not “an independent and impartial tribunal” within the meaning of s. 11(d) of the *Charter*. Lamer C.J. confirmed that the military justice system, like its civilian counterpart, must comply with the *Charter*, although this does not require that the two systems be identical in every respect. He further held that the military justice system is not, by its very nature as a parallel system staffed by members of the military who are aware of and sensitive to military concerns, inconsistent with s. 11(d).

[45] That said, Lamer C.J. found shortcomings in the independence and impartiality of the General Court Martial as it existed under the pre-1990 regime. For example, there was no formal prohibition against evaluating officers on the basis of their performance at a General Court Martial for the purposes of setting

(4) Les réformes de la *Loi sur la défense nationale* à l'ère de la *Charte*

[42] Durant près d'un demi-siècle, la *LDN* est demeurée essentiellement inchangée (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 28). Toutefois, au début des années 1990, d'importantes modifications et des règlements d'application ont été mis en œuvre en réponse au changement d'attitude à l'égard de l'application régulière de la loi, à des innovations juridiques comme la *Charte*, à des décisions subséquentes de la CACM et de la Cour, ainsi qu'à plusieurs études détaillées portant sur le système de justice militaire (*ibid.*, p. 28-29 et 48-49).

[43] En ce qui concerne la réforme réglementaire, en 1990, le gouverneur en conseil a modifié les *Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes*, lesquels constituent la source principale de règlements régissant les militaires, afin de renforcer le système de justice militaire en offrant à ses intervenants clés une plus grande indépendance (*ibid.*, p. 28-30).

[44] L'évolution de la jurisprudence a notamment été marquée par l'arrêt *Généreux* de 1992 dans lequel la validité constitutionnelle de certaines parties du régime antérieur à 1990 était contestée. Dans cette affaire, l'appelant faisait valoir qu'avant 1990, une cour martiale générale ne constituait pas « un tribunal indépendant et impartial » au sens de l'al. 11d) de la *Charte*. Le juge en chef Lamer a confirmé que bien qu'il ne soit pas nécessaire que les deux systèmes soient identiques en tous points, le système de justice militaire, tout comme le système de justice civil, doit respecter la *Charte*. Il a aussi conclu que le système de justice militaire, en tant que système parallèle composé de militaires qui sont conscients des préoccupations des forces armées et qui y sont sensibles, n'est pas intrinsèquement incompatible avec l'al. 11d).

[45] Cela dit, le juge en chef Lamer a relevé des lacunes quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale générale issue du régime antérieur à 1990. Par exemple, il n'était pas interdit formellement d'évaluer des officiers en fonction de leur rendement en cour martiale générale afin d'établir leur

salary. Further, he found it was unconstitutional for the authority that convenes the court martial (i.e., the executive) to be responsible for appointing both the prosecutor and the members of the court martial, who serve as the triers of fact. While acknowledging that “[t]he idea of a separate system of military tribunals obviously requires substantial relations between the military hierarchy and the military judicial system”, he added that “[i]t is important that military tribunals be as free as possible from the interference of the members of the military hierarchy, that is, the persons who are responsible for maintaining the discipline, efficiency and morale of the Armed Forces” (p. 308). The 1990 amendments, he made a point of adding, went “a considerable way towards addressing th[ese] concerns” (p. 287).

[46] Two detailed reports on the Canadian military justice system, both published in 1997, also contributed to significant reform. The first was a federal Commission of Inquiry report on serious misconduct by members of the Canadian Forces during a 1993 United Nations peacekeeping mission in Somalia (see *Report of the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia*, vol. 1, *Dishonoured Legacy: The Lessons of the Somalia Affair* (1997)). This report contained 45 recommendations for change within the military justice system.

[47] As the Commission was concluding its work, the Minister of National Defence created a Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services, chaired by the Right Honourable Brian Dickson. The resulting *Report of the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services* (1997) (“*Dickson Report*”) confirmed the need for “a separate and distinct military justice system” (p. 7) and made 35 recommendations aimed at improving this system. The recommendations included amending the *NDA* to enhance the degree of independence in military trials; eliminating certain forms of punishment; changing the composition of court martial panels (which we describe in greater detail below) to include non-commissioned members of a certain

salaire. En outre, le juge en chef Lamer a conclu qu’il était inconstitutionnel que l’autorité qui convoque la cour martiale (c.-à-d. l’exécutif) soit responsable de la nomination du procureur à charge et des membres de la cour martiale qui remplissent la fonction de juge des faits. Bien qu’il ait reconnu que « [l]’idée d’un système distinct de tribunaux militaires commande manifestement l’existence de liens importants entre la hiérarchie militaire et le système de justice militaire », il a ajouté qu’il « importe que les tribunaux militaires soient le plus possible à l’abri de l’ingérence des membres de la hiérarchie militaire, c’est-à-dire des personnes qui sont chargées du maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des Forces armées » (p. 308). Il a pris soin de souligner que les modifications de 1990 ont « largement contribué à remédier [à ces] préoccupations » (p. 287).

[46] Deux rapports détaillés sur le système de justice militaire canadien, publiés en 1997, ont aussi contribué à une vaste réforme. Le premier était le rapport d’une commission d’enquête fédérale sur l’inconduite grave de membres des Forces canadiennes lors d’une mission de maintien de la paix des Nations Unies en Somalie en 1993 (voir *Rapport de la Commission d’enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie*, vol. 1, *Un héritage déshonoré : Les leçons de l’affaire somalienne* (1997)). Ce rapport contenait 45 recommandations de changements à apporter au système de justice militaire.

[47] Pendant que la Commission concluait ses travaux, le ministre de la Défense nationale a créé le Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d’enquête de la police militaire, présidé par le très honorable Brian Dickson. Dans son rapport intitulé *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d’enquête de la police militaire* (1997) (« *rapport Dickson* »), le groupe a confirmé la nécessité de disposer d’un « système de justice militaire distinct » (p. 7) et a formulé 35 recommandations ayant pour but d’améliorer ce système. Les recommandations visaient notamment à modifier la *LDN* pour accroître le degré d’indépendance dans les procès militaires, à éliminer certaines formes de peines, à modifier la composition des comités des cours martiales (que

rank; and ensuring that the presiding judge, rather than the panel, passes sentence on a person convicted before a court martial.

[48] In response to *Généreux* and the reports outlined above, Parliament introduced Bill C-25, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 36th Parl., 1998 (assented to December 10, 1998). Bill C-25 brought about the “most extensive set of amendments” to the *NDA* since its inception (see *CMCR Interim Report*, at p. 37). As summarized in the *CMCR Interim Report*, the bill instituted the following reforms, at p. 38:

- It made numerous changes to the [Minister of National Defence’s] quasi-judicial roles and discretionary oversight powers. For instance, the power of review of court martial decisions, and the power to appoint military judges, shifted from Minister to the Governor in Council;
- It provided a statutory basis for independent military judges, in terms of tenure, remuneration, and removal only through an inquiry committee process;
- It shifted prosecution functions to a new independent Director of Military Prosecutions (DMP), away from the supervision of senior military authorities, in a way that is now in direct parallel with the federal civilian model;
- It created an independent Director of Defence Counsel Services (DDCS), who is responsible for the provision of legal counsel to those accused persons who face courts martial;
- It shifted responsibility for convening courts martial and appointing military panel members to an independent Court Martial Administrator (CMA) (a civilian who works under the supervision of the Chief Military Judge (CMJ)) out of the hands of senior military authorities;

nous décrirons plus en détail plus loin) de façon à y inclure des militaires du rang d’un certain grade et à veiller à ce que la responsabilité de prononcer la peine d’une personne déclarée coupable devant cour martiale revienne au juge qui préside plutôt qu’au comité.

[48] En réponse à l’arrêt *Généreux* et aux rapports mentionnés précédemment, le Parlement a présenté le projet de loi C-25, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, 1^{re} sess., 36^e lég., 1998 (sanctionnée le 10 décembre 1998). Le projet de loi C-25 représentait « la plus importante série de modifications » apportées à la *LDN* depuis son adoption (voir *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 32). Voici les réformes proposées par le projet de loi, telles que résumées dans le *rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 32-33 :

- Les rôles quasi judiciaires du ministre [de la Défense nationale], de même que ses pouvoirs discrétionnaires en matière de surveillance, ont été modifiés à plusieurs égards. Par exemple, le pouvoir de réviser des décisions rendues par une cour martiale et le pouvoir de nommer les juges militaires qu’avait le ministre ont été confiés au gouverneur en conseil;
- Un cadre législatif a été établi pour assurer l’indépendance des juges militaires par l’adoption de dispositions concernant la durée de leur mandat, leur rémunération et leur révocation, laquelle est désormais possible uniquement sur recommandation d’un comité d’enquête;
- Les fonctions de poursuite ont été assignées au titulaire du nouveau poste de DPM [directeur des poursuites militaires] indépendant, non soumis à la surveillance des hauts responsables militaires, d’une manière qui reflète directement le modèle civil fédéral;
- Le poste indépendant de directeur — Service d’avocats de la défense (DSAD) a été créé. Son titulaire est responsable de la prestation de conseils juridiques aux accusés qui doivent comparaître en cour martiale;
- La responsabilité de convoquer les cours martiales et de nommer les militaires membres des comités a été confiée à un administrateur de la cour martiale (ACM) indépendant (un civil qui relève du JMC [juge militaire en chef]), responsabilité qui était auparavant assumée par les hauts responsables militaires;

- It shifted responsibility for the determination of sentence from the panel of military members to the military judge presiding at a court martial;
- It eliminated the death penalty and the hard labour component of the punishment of imprisonment; and,
- It eliminated the previous 3-year limitation period for service offences tried by courts martial.
- La détermination de la peine, qui relevait auparavant du comité de militaires, a été confiée au juge militaire présidant la cour martiale;
- La peine de mort ainsi que l'emprisonnement avec travaux forcés qui étaient associés à la peine d'emprisonnement ont été abolis;
- Le délai de prescription de trois ans applicable à l'égard d'infractions d'ordre militaire relevant de la compétence des cours martiales a été éliminé.

Stated succinctly, “Bill C-25 was important to the evolution of the court martial system because it established institutions and independence mechanisms within the system that substantially aligned it with Canada’s civilian criminal justice system, while preserving many of the historic aspects of a court martial, such as the involvement of a panel of military members as fact-finders” (*ibid.*).

En bref, « [l]e projet de loi C-25 a grandement contribué à l'évolution du système de cours martiales du fait qu'il a créé des institutions et des mécanismes favorisant l'indépendance des intervenants au sein du système; ce dernier a ainsi été en grande partie harmonisé avec le système [civil] de justice pénale du Canada, tout en préservant de nombreux aspects historiques propres aux cours martiales, comme la participation d'un comité de militaires qui agit à titre de juge des faits » (*ibid.*).

[49] Bill C-25 also mandated periodic, independent reviews of the implementation of the bill. The first independent review was conducted in 2003 by the Right Honourable Antonio Lamer (see Department of National Defence, *The First Independent Review by the Right Honourable Antonio Lamer P.C., C.C., C.D. of the provisions and operation of Bill C-25, An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts, as required under section 96 of Statutes of Canada 1998, c. 35* (2003) (“*Lamer Report*”). In his opening remarks, the former Chief Justice stated: “I am pleased to report that as a result of the changes made by Bill C-25, Canada has developed a very sound and fair military justice framework”, though there remained room for improvement. He issued 88 recommendations for strengthening the military justice system. Two recommendations in particular are worth highlighting: military panels in a General Court Martial should arrive at their verdicts by unanimous vote (rather than by majority vote, which was the rule at the time); and the accused, rather than the Director of Military Prosecutions, should be given the right, at least in most cases, to elect trial by military judge alone or by military judge and panel.

[49] En outre, le projet de loi C-25 exigeait que des examens indépendants de la mise en œuvre du projet de loi soient réalisés périodiquement. Le premier examen indépendant a été mené en 2003 par le très honorable Antonio Lamer (voir ministère de la Défense nationale, *Le premier examen indépendant par le très honorable Antonio Lamer C.P., C.C., C.D., des dispositions et de l'application du projet de loi C-25, Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence, conformément à l'article 96 des Lois du Canada (1998), ch. 35* (2003 (« *rapport Lamer* »)). Dans son avant-propos, l'ancien juge en chef a déclaré ce qui suit : « Je suis heureux de pouvoir dire que, par suite des modifications apportées par le projet de loi C-25, le Canada s'est doté d'un système très solide et équitable de justice militaire ». Il a cependant ajouté qu'il était encore possible de faire mieux. Il a formulé 88 recommandations visant à renforcer le système de justice militaire. Deux de ces recommandations méritent d'être soulignées plus particulièrement : les comités militaires des cours martiales générales devraient rendre leur verdict à l'unanimité (plutôt qu'à la majorité, comme c'était la règle à l'époque), et l'accusé, plutôt que le directeur des poursuites militaires, devrait se voir

Five years later, in *Trépanier*, the CMAC found the inability of the accused to select the type of court martial, an issue identified in the *Lamer Report*, to be unconstitutional under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, as it interfered with the accused's ability to make full answer and defence and to control the conduct of that defence.

[50] *Trépanier* was significant: as the court martial selection process had been declared unconstitutional, no court martial could be convened. This led Parliament to enact Bill C-60, *An Act to amend the National Defence Act (court martial) and to make a consequential amendment to another Act*, 2nd Sess., 39th Parl., 2008 (assented to June 18, 2008), more closely aligning the manner in which the mode of trial by courts martial is determined with the practice in the civilian criminal justice system (see Department of National Defence and the Canadian Armed Forces, *Second Independent Review of the National Defence Act — Background*, June 8, 2012 (online)). It also implemented recommendations of the *Lamer Report*, such as requiring court martial panels to make key decisions — verdicts of guilty or not guilty, of fitness to stand trial, and of not responsible on account of mental disorder — by unanimous (rather than majority) vote.

[51] The second independent review of Bill C-25 was submitted in 2011 by the Honourable Patrick J. LeSage (see Department of National Defence, *Report of the Second Independent Review Authority to The Honourable Peter G. MacKay, Minister of National Defence, by The Honourable Patrick J. LeSage* (2011) (“*LeSage Report*”). Like the *Lamer Report*, the *LeSage Report* observed that “the military justice system, specifically the summary trial and court martial processes . . . is generally working well” (p. 13). Among its 55 recommendations was a call for a comprehensive review of the sentencing provisions of the *NDA*, with a view to making these

accorder le droit, au moins dans la plupart des cas, de choisir entre un procès devant un juge militaire seul ou un procès devant un juge militaire et un comité. Cinq ans plus tard, dans l’arrêt *Trépanier*, la CACM a jugé que l’incapacité d’un accusé de choisir le type de cour martiale, une question soulevée dans le rapport Lamer, était inconstitutionnelle au regard de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte* puisqu’elle porte atteinte à la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et de contrôler la conduite de sa défense.

[50] L’arrêt *Trépanier* a été important : le processus de sélection d’une cour martiale ayant été déclaré inconstitutionnel, aucune cour martiale ne pouvait être convoquée. Cette décision a amené le Parlement à édicter le projet de loi C-60, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale (cour martiale) et une autre loi en conséquence*, 2^e sess., 39^e lég., 2008 (sanctionnée le 18 juin 2008), afin de rendre la façon de déterminer le mode de procès devant une cour martiale plus conforme à la pratique ayant cours dans le système civil de justice pénale (voir ministère de la Défense nationale et des Forces armées canadiennes, *Deuxième examen indépendant de la Loi sur la défense nationale — Documentation*, 8 juin 2012 (en ligne)). Il a également mis en œuvre des recommandations formulées dans le rapport Lamer, notamment celle visant à obliger les comités des cours martiales à rendre les décisions clés — les verdicts de culpabilité ou de non-culpabilité, les verdicts au sujet de l’aptitude à subir un procès et les verdicts de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux — à l’unanimité (plutôt qu’à la majorité).

[51] Le deuxième examen indépendant du projet de loi C-25 a été présenté en 2011 par l’honorable Patrick J. LeSage (voir ministère de la Défense nationale, *Rapport final de l’autorité indépendante chargée du deuxième examen à l’honorable Peter G. MacKay, ministre de la Défense nationale, par l’honorable Patrick J. LeSage* (2011) (« *rapport LeSage* »)). Comme dans le rapport Lamer, il est mentionné dans le rapport LeSage que « [le] système de justice militaire, plus particulièrement [. . .] la procédure du procès sommaire et des cours martiales, [. . .] en général [. . .] fonctionne bien » (p. 15). Dans son rapport, l’autorité a formulé 55 recommandations, notamment un

provisions more closely mirror the flexible range of punishments in the civilian criminal justice system; that reserve force members be eligible to sit on court martial panels; that a random methodology for panel member selection be implemented; and that the laws of evidence applicable at courts martial be updated to keep pace with the evolution of the law of evidence more generally.

[52] While several independent reports have concluded that Canada's military justice system is functioning well, that is not to say problems do not exist. In her 2015 *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015 (online), the Honourable Marie Deschamps concluded that "there is an underlying sexualized culture in the [Canadian Armed Forces] that is hostile to women and LGBTQ members, and conducive to more serious incidents of sexual harassment and assault" (p. i). She issued 10 recommendations aimed at responding to the "serious problem that exists in the [Canadian Armed Forces]" in relation to inappropriate sexual conduct (p. ix). Deep cultural change within the military will be required to respond to these recommendations, and efforts at bringing about that cultural change have begun.

[53] The military justice system has come a long way. It has evolved from a command-centric disciplinary model that provided weak procedural safeguards, to a parallel system of justice that largely mirrors the civilian criminal justice system. Many of the key recommendations contained in the various reports referred to above have been implemented by Parliament through amendments to the *NDA* and associated regulations over the last 30 years. The continuing evolution of this system is facilitated by the periodic independent reviews mandated by s. 273.601 of the *NDA*, ensuring the system is rigorously scrutinized, analyzed, and refined at regular intervals. This speaks to the dynamic nature of the military justice system. Just as the civilian criminal justice system grows and evolves in response

examen complet des dispositions de la *LDN* relatives à la détermination de la peine afin qu'elles se rapprochent davantage de la gamme souple des peines appliquée dans le système civil de justice pénale, le droit pour les membres de la force de réserve de faire partie du comité d'une cour martiale, la mise en œuvre d'une méthode aléatoire de sélection des membres d'un comité, et la mise à jour des règles de preuve applicables aux cours martiales afin qu'elles suivent le rythme de l'évolution du droit de la preuve en général.

[52] Ce n'est pas parce qu'il a été conclu dans plusieurs rapports indépendants que le système de justice militaire canadien fonctionne bien qu'aucun problème ne se pose. Dans son rapport intitulé *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015 (en ligne), l'honorable Marie Deschamps a conclu « qu'il existe une culture sous-jacente de la sexualisation au sein des [Forces armées canadiennes]. Cette culture est hostile aux femmes et aux LGBTQ et est propice aux incidents graves que sont le harcèlement sexuel et l'agression sexuelle » (p. i). Elle a formulé 10 recommandations en vue de réagir au « problème grave [qui existe] dans les [Forces armées canadiennes] » en ce qui concerne les comportements sexuels inappropriés (p. x). Un changement culturel en profondeur au sein des forces armées sera nécessaire pour donner suite à ces recommandations et des efforts sont déjà déployés pour assurer ce changement.

[53] Le système de justice militaire a beaucoup évolué. Il est passé d'un modèle de discipline centré sur le commandement qui offrait de faibles garanties procédurales à un système de justice parallèle s'apparentant beaucoup au système civil de justice pénale. Au cours des 30 dernières années, le Parlement a mis en œuvre bon nombre des recommandations principales formulées dans les divers rapports mentionnés précédemment en apportant des modifications à la *LDN* et à ses règlements d'application. L'évolution continue de ce système est facilitée par les examens périodiques indépendants prescrits par l'art. 273.601 de la *LDN*; ces examens permettent de veiller à ce que le système soit rigoureusement examiné, analysé et perfectionné à intervalles réguliers, ce qui témoigne de la nature dynamique du

to developments in law and society, so too does the military justice system. We see no reason to believe that this growth and evolution will not continue into the future.

[54] Against this historical backdrop, we turn to the military justice system as it exists today.

C. *The CSD*

[55] The foundation of Canada’s military justice system is the CSD, which is contained in Part III of the *NDA*. This detailed code is “an essential ingredient of service life” (*MacKay*, at p. 400) that “defines the standard of conduct to which military personnel and certain civilians are subject and provides for a set of military tribunals to discipline breaches of that standard” (*Généreux*, at p. 297). While it “is primarily concerned with maintaining discipline and integrity in the Canadian Armed Forces”, it “serves a public function as well by punishing specific conduct which threatens public order and welfare” (*ibid.*, at p. 281). Several key aspects are worth noting.

(1) Persons Subject to the CSD

[56] Section 60 of the *NDA* lists the categories of persons who are subject to the CSD. The list includes officers and non-commissioned members of the regular or special forces, officers and non-commissioned members of the reserve force when the member is on active service, persons who accompany a unit of the Canadian forces while the unit is on service, and others.³ While a range of persons are covered, they all share a link to the military.

(2) Service Offences

[57] Section 2 of the *NDA* defines a “service offence” as “an offence under this Act, the *Criminal*

³ The list of persons who are subject to the CSD, and hence who may be charged under s. 130(1)(a), is not challenged before this Court, and all of the accused persons in the present appeals were service members at the time they were charged.

système de justice militaire. Tout comme le système civil de justice pénale, le système de justice militaire se développe et évolue en fonction de l’évolution du droit et de la société. Nous n’avons aucune raison de croire que ce développement et cette évolution ne se poursuivront pas.

[54] Sur cette toile de fond historique, nous nous pencherons maintenant sur le système de justice militaire tel qu’il existe aujourd’hui.

C. *Le CDM*

[55] Le système de justice militaire du Canada repose sur le CDM, qui se trouve à la partie III de la *LDN*. Ce code détaillé est « un ingrédient essentiel de la vie militaire » (*MacKay*, p. 400) qui « définit la norme de conduite applicable aux militaires et à certains civils et crée un ensemble de tribunaux militaires chargés de sanctionner les manquements à cette norme » (*Généreux*, p. 297). Bien qu’il « porte avant tout sur le maintien de la discipline et de l’intégrité au sein des Forces armées canadiennes », il « joue aussi un rôle de nature publique, du fait qu’il vise à punir une conduite précise qui menace l’ordre et le bien-être publics » (*ibid.*, p. 281). Plusieurs aspects clés valent la peine d’être mentionnés.

(1) Personnes assujetties au CDM

[56] L’article 60 de la *LDN* énumère les catégories de personnes qui sont assujetties au CDM. Cette liste comprend entre autres les officiers et militaires du rang de la force régulière ou de la force spéciale, les officiers et militaires du rang de la force de réserve se trouvant en service actif et les personnes qui accompagnent une unité des forces canadiennes en service³. Bien que diverses personnes soient visées, elles ont toutes en commun un lien avec le service militaire.

(2) Infractions d’ordre militaire

[57] Selon l’art. 2 de la *LDN*, constitue une « infraction d’ordre militaire » une « [i]nfraction — à la

³ La liste des personnes qui sont assujetties au CDM et qui peuvent donc être accusées en vertu de l’al. 130(1)a) n’est pas contestée devant la Cour, et tous les accusés dans les présents pourvois étaient des militaires au moment où les accusations ont été portées contre eux.

Code or any other Act of Parliament, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline”. For purposes of these appeals, there are two key categories of offences in the *NDA*: (a) “uniquely military offences” under ss. 73-129; and (b) civil offences committed in Canada that are tried as a service offence under s. 130(1)(a).⁴

(a) “*Uniquely Military Offences*” Under Sections 73-129

[58] Sections 73 to 129 of the *NDA* create what may be called “uniquely military offences” (*CMCR Interim Report*, at p. 43). The types of conduct prohibited by these sections include spying for the enemy, mutiny, and insubordination. The maximum punishments for these offences range from dismissal with disgrace to life imprisonment.

(b) *Ordinary Civil Offences Tried as Service Offences Under Section 130(1)(a)*

[59] Section 130(1)(a) provides that “[a]n act or omission . . . that takes place in Canada and is punishable under Part VII [“Offences Triable by Civil Courts”], the *Criminal Code* or any other Act of Parliament . . . is an offence under this Division [“Service Offences and Punishments”] and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2)”. Stated succinctly, s. 130(1)(a) transforms ordinary civil offences that take place in Canada into service offences,⁵ thereby giving service tribunals concurrent jurisdiction over such offences when committed by a person who is subject to the CSD.

⁴ There are other categories of offences (see ss. 130(1)(b), 132, and 288 to 307 of the *NDA*).

⁵ Except murder, manslaughter, or an offence relating to child abduction under ss. 280 to 283 of the *Criminal Code* (*NDA*, s. 70). Only civilian criminal courts have jurisdiction to try persons accused of those offences.

présente loi, au *Code criminel* ou à une autre loi fédérale — passible de la discipline militaire ». Pour les besoins des présents pourvois, il existe deux grandes catégories d’infractions dans la *LDN* : a) les « infractions exclusivement militaires » prévues aux art. 73 à 129, et b) les infractions civiles commises au Canada qui sont jugées comme des infractions d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a)⁴.

a) « *Infractions exclusivement militaires* » prévues aux art. 73 à 129

[58] Les articles 73 à 129 de la *LDN* créent ce que l’on appelle des « infractions exclusivement militaires » (*rapport provisoire issu de la RGCM*, p. 38). Les types de conduites interdits par ces dispositions comprennent l’espionnage pour le compte de l’ennemi, la mutinerie et l’insubordination. Les peines maximales applicables à ces infractions vont de la destitution ignominieuse à l’emprisonnement à perpétuité.

b) *Infractions civiles ordinaires jugées comme des infractions d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a)*

[59] L’alinéa 130(1)a) dispose que « [c]onstitue une infraction à la présente section [Infractions d’ordre militaire et peines] tout acte ou omission [. . .] survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi [Infractions du ressort des tribunaux civils et peines], du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale [. . .] Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2). » En bref, l’al. 130(1)a) transforme les infractions civiles ordinaires survenues au Canada en infractions d’ordre militaire⁵, conférant ainsi aux tribunaux militaires une compétence concurrente à l’égard de ces infractions lorsqu’elles sont commises par une personne assujettie au CDM.

⁴ Il existe d’autres catégories d’infraction (voir l’al. 130(1)b), et les art. 132 et 288 à 307 de la *LDN*).

⁵ Sauf le meurtre, l’homicide involontaire coupable ou les infractions liées à l’enlèvement d’enfants visées aux art. 280 à 283 du *Code criminel* (*LDN*, art. 70). Seuls les tribunaux civils de juridiction criminelle ont compétence pour juger les personnes accusées de ces infractions.

[60] This is hardly novel. This provision has appeared in the *NDA* since its enactment (see s. 119), and similar provisions transforming ordinary civil offences into offences under military law had long existed in the United Kingdom. The *Army Act, 1881* (U.K.), 44 & 45 Vict., c. 58, provided that a “person who, whilst he is subject to military law, shall commit any of the offences in this section mentioned [“Offences punishable by ordinary Law”] shall be deemed to be guilty of an offence against military law” (s. 41). The *Naval Discipline Act, 1866* (U.K.), 29 & 30 Vict., c. 109, included a provision to the same effect (s. 45).

D. *Types of Proceedings in the Military Justice System*

[61] As described in Department of National Defence, *Military Justice at the Summary Trial Level*, January 12, 2011 (online) (“*Military Justice*”), there are two types of proceedings in the military justice system: summary trials and court martial proceedings.

(1) Summary Trials

[62] A summary trial, which is the predominant form of proceedings for less serious offences, permits as a general rule a service offence to be tried at the unit level by a commanding officer, delegate of a commanding officer, or superior commander. There is no requirement that the presiding officer be legally trained. The procedures are straightforward and the powers of punishment limited in scope.

(2) Court Martial Proceedings

[63] A court martial is a formal military court presided over by a legally qualified military judge. Accused persons who appear before a court martial are entitled to a lawyer free of charge, and the procedures followed are similar to those followed by civilian criminal courts. The available forms of punishment are more severe than those available on a summary trial.

[60] Cela n’est guère nouveau. Cette disposition figure dans la *LDN* depuis l’adoption de cette loi (voir art. 119), et des dispositions similaires transformant des infractions civiles ordinaires en infractions au droit militaire existaient alors depuis longtemps au Royaume-Uni. L’*Army Act, 1881* (R.-U.), 44 & 45 Vict., c. 58, prévoyait que [TRADUCTION] « quiconque, alors qu’il est assujéti au droit militaire, commet l’une des infractions énumérées au présent article [Infractions de droit commun] est réputé coupable d’une infraction au droit militaire » (art. 41). La *Naval Discipline Act, 1866* (R.-U.), 29 & 30 Vict., c. 109, comprenait une disposition allant dans le même sens (art. 45).

D. *Types de procédures dans le système de justice militaire*

[61] Comme l’indique le ministère de la Défense nationale dans le document intitulé *Justice militaire au procès sommaire*, 12 janvier 2011 (en ligne) (« *Justice militaire* »), le système de justice militaire comporte deux types de procédures : les procès sommaires et les cours martiales.

(1) Procès sommaires

[62] Le procès sommaire, qui est la forme prédominante de procédure pour les infractions moins graves, permet en général que l’infraction d’ordre militaire soit jugée au niveau de l’unité, par un commandant, le délégué d’un commandant ou un commandant supérieur. Rien n’exige que l’officier présidant un procès sommaire ait une formation de juriste. La procédure est simple et les pouvoirs de punition sont limités.

(2) Cours martiales

[63] Une cour martiale est une cour militaire formelle présidée par un juge militaire ayant une formation juridique. Les accusés qui comparaissent devant une cour martiale ont le droit à un avocat sans frais, et les procédures suivies s’apparentent à celles d’un tribunal civil de juridiction criminelle. Les formes de punition sont plus sévères que celles pouvant être infligées dans le cas d’un procès sommaire.

[64] There are two types of courts martial:

- **Standing Courts Martial** “are presided over by a military judge sitting alone” (*Military Justice*, at p. 3-3). The judge issues a verdict and, if the accused is found guilty, imposes a sentence.
- **General Courts Martial** consist of a military judge and a panel of five members of the military. “The panel is responsible for making a finding on the charges” and the judge “is responsible for making legal rulings and imposing [a] sentence” (*ibid.*). A person accused of an indictable offence under s. 130(1)(a) has the right to elect a trial before a General Court Martial (see *NDA*, s. 165.193(1)).

[65] The General Courts Martial merit particular attention here, given that while the military justice system has never provided for a trial by jury, it has long provided for a trial before a judge and a military panel. Such panels have existed in the United Kingdom for well over a century (see *Army Act*, s. 48(3)). In Canada, the *NDA* has provided for military panels since its enactment in 1950 (see s. 140(1)), although, as we shall explain, their role and composition have changed over time.

[66] The role of a military panel is unique, bringing to bear upon the proceedings the military-specific concerns for discipline, efficiency, and morale. As Lamer C.J. observed in *Généreux*, it “represents to an extent the concerns of those persons who are responsible for the discipline and morale of the military” (p. 295). Similarly, as noted in the *Dickson Report*, panel members “bring military experience and integrity to the military judicial process. They also provide the input of the military community responsible for discipline and military efficiency” (p. 55).

[67] In some respects, a military panel is analogous to a jury, and over the years they have become more and more so. Like a jury, the panel is the trier of fact, while the judge makes rulings on legal questions (see

[64] Il existe deux types de cours martiales :

- **Les cours martiales permanentes** : Elles sont présidées par un « juge militaire siège[ant] seul » (*Justice militaire*, p. 3-4). Celui-ci rend un verdict et, si l'accusé est déclaré coupable, il lui inflige une peine.
- **Les cours martiales générales** : Elles sont constituées d'un juge militaire et d'un comité composé de cinq militaires. « Le comité a la responsabilité de juger de la culpabilité de l'accusé » et le juge « est responsable de statuer sur les questions de droit et de fixer la sentence » (*ibid.*). La personne accusée d'un acte criminel en vertu de l'al. 130(1)a) peut choisir d'être jugée par une cour martiale générale (voir par. 165.193(1) de la *LDN*).

[65] Les cours martiales générales méritent une attention particulière en l'espèce, car si le système de justice militaire n'a jamais prévu de procès avec jury, il prévoit depuis longtemps un procès devant un juge et un comité militaire. Ces comités existent au Royaume-Uni depuis plus d'un siècle (voir *Army Act*, par. 48(3)). Au Canada, la *LDN* prévoit les comités militaires depuis son adoption en 1950 (voir par. 140(1)), bien que, comme nous l'expliquerons, leur rôle et leur composition aient changé au fil du temps.

[66] Le comité militaire joue un rôle spécifique, de sorte que les préoccupations propres au domaine militaire que sont la discipline, l'efficacité et le moral des troupes entrent en jeu dans les procédures. Comme le juge en chef Lamer l'a observé dans l'arrêt *Généreux*, il « traduit [. . .], dans une certaine mesure, les préoccupations des personnes responsables de la discipline et du moral des troupes » (p. 295). De même, comme l'indique le *rapport Dickson*, les membres du comité « offrent expérience militaire et intégrité au processus judiciaire. De plus, ils représentent la communauté militaire responsable de la discipline et [de] l'efficacité militaire » (p. 60).

[67] À certains égards, un comité militaire est semblable à un jury et, au fil des ans, cette ressemblance s'est accentuée. Tout comme le jury, le comité agit comme juge des faits, tandis que le juge tranche les

NDA, ss. 191 and 192(1)). Furthermore, as already mentioned, while panels used to reach their verdicts based on a majority vote, they are now required to reach their verdicts unanimously. And as in the civilian criminal justice system, it is now the judge who is tasked with imposing a sentence in the event of a guilty verdict, a role which before 2010 was entrusted to the panel.

[68] That said, a military panel is not a jury (see *Trépanier*, at para. 73, citing *R. v. Lunn* (1993), 5 C.M.A.R. 157; *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280; and *R. v. Nystrom*, 2005 CMAC 7). Important differences distinguish one from the other. For example, while a jury consists of 12 individuals, a panel consists of only 5, thereby lowering the threshold for a finding of guilt. And, while jurors are drawn from the community at large, panel members are drawn from the military community only. Thus, the community embodied by a panel is a particular one. Further, and while juries are not designed to reflect any sort of hierarchy between the accused and the jurors, the composition of panels varies with the rank of the accused, and the system is designed to include a certain number of the accused's superiors (see *NDA*, ss. 167 and 168). In this way, panel members are not all "peers" of the accused in the sense of being of equal rank. Finally, panel members are broadly permitted to take judicial notice of "all matters of general service knowledge" (see *Military Rules of Evidence*, C.R.C., c. 1049, s. 16(2)(a); see also *Trépanier*, at para. 73, citing *Lunn*), whereas jurors enjoy no such broad authorization.

[69] The composition of military panels has changed over time. At one point, only officers could sit on a panel (see *Dickson Report*, at p. 56). However, in 1997, the *Dickson Report* recommended that non-commissioned members of a certain rank be permitted to serve on military panels, as they "could bring an important dimension to court martial panels and reflect better the spectrum of individuals responsible for the maintenance of discipline, efficiency and morale" (*ibid.*). This prompted amendments to the *NDA*, and

questions de droit (voir *LDN*, art. 191 et par. 192(1)). De plus, comme il a déjà été mentionné, si les comités avaient pour habitude de rendre leur verdict à la majorité, ils sont maintenant tenus de le faire à l'unanimité. Et, tout comme dans le système civil de justice pénale, c'est maintenant au juge qu'il incombe d'infliger une peine en cas de verdict de culpabilité, un rôle qui, avant 2010, était confié au comité.

[68] Cela étant dit, un comité militaire n'est pas un jury (voir *Trépanier*, par. 73, citant *R. c. Lunn* (1993), 5 C.A.C.M. 157, *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280, et *R. c. Nystrom*, 2005 CACM 7). Des différences importantes les distinguent. Par exemple, alors qu'un jury est composé de 12 membres, un comité militaire n'en comprend que 5, ce qui abaisse le seuil à respecter pour rendre un verdict de culpabilité. De plus, tandis que les jurés proviennent de la collectivité en général, les membres du comité proviennent de la collectivité militaire seulement. Ainsi, la collectivité représentée par un comité est particulière. En outre, bien que les jurys ne soient pas conçus de manière à refléter une quelconque hiérarchie entre l'accusé et les jurés, la composition des comités varie selon le grade de l'accusé et le système est conçu pour qu'un certain nombre des supérieurs de l'accusé en soient membres (voir art. 167 et 168 de la *LDN*). De cette façon, les membres du comité ne sont pas tous des « pairs » de l'accusé, c'est-à-dire de grade égal. Enfin, les membres du comité sont autorisés, de manière générale, à prendre judiciairement connaissance de « toutes les questions comportant des connaissances militaires générales » (voir *Règles militaires de la preuve*, C.R.C., c. 1049, al. 16(2)a); *Trépanier*, par. 73, citant *Lunn*), tandis que les jurés ne jouissent pas d'une telle autorisation générale.

[69] La composition des comités militaires a changé au fil du temps. À un certain moment, seuls les officiers pouvaient être membres d'un tel comité (voir *rapport Dickson*, p. 61). Toutefois, en 1997, le *rapport Dickson* a recommandé que les militaires du rang d'un certain grade soient autorisés à faire partie des comités militaires, car ils pourraient « ajouter une importante dimension aux groupes de personnes qui composent les cours martiales et refléter davantage l'éventail des personnes chargées de maintenir la discipline,

today a panel that tries a non-commissioned member includes three non-commissioned members who are of or above both the rank of the accused person and the rank of sergeant (see *NDA*, s. 167(7)). Further, Parliament has expanded the pool of members eligible to sit on court martial panels and has reduced the required rank of the most senior member of panels (see Bill C-15, *An Act to amend the National Defence Act and to make consequential amendments to other Acts*, 1st Sess., 41st Parl., 2013).

[70] There are sound reasons why the military justice system has opted for a unique military panel model, rather than a jury model. For example, the concept of “members tried by members” fosters morale within the military. As Professor J. Walker points out, this is so even where the underlying offence is an ordinary civil offence contained in the *Criminal Code*:

Esprit de corps depends on the confidence that one’s conduct, alleged to have violated the *Code of Service Discipline* (even in the commission of an offence also found in the *Criminal Code*) will be assessed by those whose familiarity with the challenges and circumstances of military life is the product of personal experience and whose sensitivity to the requirements of the Code is derived from an ongoing commitment to uphold it.

(“A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine” (1993), 2 *N.J.C.L.* 366, at p. 372)

[71] Moreover, where a person subject to the CSD commits an act or omission outside Canada that would, if it had taken place in Canada, constitute an offence under Part VII of the *NDA*, the *Criminal Code*, or any other federal statute, Canadian service tribunals have jurisdiction to try that offence as a service offence under s. 130(1)(b) of the *NDA*. Further, pursuant to s. 68 of the *NDA*, the trial may be held outside Canada. In these circumstances, it would be highly impractical — if not impossible — to cobble together a jury of Canadian civilians and transport them to the place of trial. The military justice system has thus developed an alternative, portable, and

l’efficacité et le moral » (*ibid.*). Cette recommandation a entraîné des modifications à la *LDN* et aujourd’hui, un comité qui est chargé de juger un militaire du rang inclut trois militaires du rang qui détiennent, à la fois, un grade au moins égal au sien et au moins le grade de sergent (voir par. 167(7) de la *LDN*). En outre, le Parlement a élargi le bassin de membres pouvant faire partie de comités de la cour martiale et a abaissé le grade exigé du membre le plus haut gradé des comités (voir projet de loi C-15, *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d’autres lois en conséquence*, 1^{re} sess., 41^e lég., 2013).

[70] Des raisons valables justifient le choix d’un modèle spécifique de comité militaire, plutôt qu’un modèle de jury, par le système de justice militaire. Par exemple, le concept de « militaires jugés par des militaires » favorise le moral des troupes. Comme le souligne la professeure J. Walker, c’est le cas même lorsque l’infraction sous-jacente est une infraction civile ordinaire prévue au *Code criminel* :

[TRADUCTION] L’esprit de corps dépend de la confiance que la conduite d’une personne, qui, selon les allégations serait contraire au *Code de discipline militaire* (même s’il s’agit d’une infraction qui est également prévue au *Code criminel*), sera évaluée par ceux qui connaissent bien les difficultés et les circonstances liées à la vie militaire en raison de leur expérience personnelle et dont la sensibilité aux exigences du Code découle d’un engagement continu à le respecter.

(« A Farewell Salute to the Military Nexus Doctrine » (1993), 2 *R.N.D.C.* 366, p. 372)

[71] Par ailleurs, lorsqu’une personne assujettie au CDM commet un acte ou une omission à l’étranger qui constituerait, au Canada, une infraction à la partie VII de la *LDN*, au *Code criminel* ou à toute autre loi fédérale, les tribunaux militaires canadiens ont compétence pour juger cette infraction comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)(b) de la *LDN*. De plus, l’art. 68 de la *LDN* prévoit que le procès peut avoir lieu à l’étranger. Dans ces circonstances, il serait très peu pratique, voire impossible, de rassembler un jury composé de civils canadiens et de le transporter à l’endroit où se déroule le procès. Le système de justice militaire a donc élaboré une

efficient solution that can be implemented whenever and wherever needed. This in turn contributes to discipline, efficiency, and morale in the military. While ss. 68 and 130(1)(b) are not before this Court, the fact that Canada’s military justice system operates extraterritorially, and that service tribunals may have to be convened on short notice in a different part of the world, help to explain why it has opted for a unique military panel model rather than a jury model.

[72] Having set out the salient aspects of the CSD, we return to the military exception in s. 11(f), and in particular the meaning of the words “an offence under military law” which constitutes this exception.

E. *The Meaning of “An Offence Under Military Law” in Section 11(f)*

(1) The Context in Which the Words “An Offence Under Military Law” Were Included in Section 11(f)

[73] When the *NDA* was enacted in 1950, the Minister of National Defence explained his understanding of “military law”:

Parts IV to IX [of the *NDA*] which constitute the code of service discipline, are what is properly called military law. Military law is the law which governs the members of the army and regulates the conduct of officers and soldiers as such, in peace and war, at home and abroad. Its object is to maintain discipline as well as to deal with matters of administration in the army.

(House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Committee on Bill 133: An Act Respecting National Defence*, No. 1, 2nd Sess., 21st Parl., May 23, 1950, at pp. 11-12)

[74] Thus, “military law” was understood as “the law which governs the members of the army and regulates the conduct of officers and soldiers as such, in peace and war, at home and abroad”, and which

solution de rechange mobile et efficace qui peut être mise en œuvre en tout temps et en tout lieu. Cela contribue du même coup au maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes. Bien que la Cour ne soit pas appelée à se prononcer sur l’art. 68 et l’al. 130(1)(b), le fait que le système de justice militaire canadien fonctionne à l’étranger et que des tribunaux militaires pourraient devoir être convoqués à bref délai dans une autre partie du monde aide à comprendre pourquoi ce système a opté pour un modèle spécifique de comité militaire plutôt que pour un modèle de jury.

[72] Après cet énoncé des points saillants du CDM, nous revenons maintenant à l’exception militaire prévue à l’al. 11(f) et, plus particulièrement, au sens de l’expression « *offence under military law* » qui constitue cette exception.

E. *Sens de l’expression « offence under military law » à l’al. 11(f)*

(1) Le contexte dans lequel l’expression « *offence under military law* » a été incluse dans l’al. 11(f)

[73] Lorsque la *LDN* a été adoptée en 1950, le ministre de la Défense nationale a expliqué ce qu’il entendait par « droit militaire » :

Les Parties IV à IX [de la *LDN*], qui constituent le code de discipline militaire, sont ce qu’on appelle communément le droit militaire. Le droit militaire est la loi qui régit les membres de l’armée et règle la conduite des officiers et hommes de troupe à ce titre, en temps de paix et en temps de guerre, au pays et à l’étranger. Elle a pour objet de maintenir la discipline et aussi de régir les questions d’administration dans l’armée.

(Chambre des Communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité spécial chargé d’étudier le Bill 133 intitulé Loi concernant la défense nationale*, n° 1, 2^e sess., 21^e lég., 23 mai 1950, p. 11)

[74] Par conséquent, le « droit militaire » était considéré comme « la loi qui régit les membres de l’armée et règle la conduite des officiers et hommes de troupe à ce titre, en temps de paix et en temps de

manifested itself through the service offences set out in the CSD. And, as we have explained, from the time of the *NDA*'s enactment, the CSD contained a provision transforming ordinary civil offences into service offences.

[75] This broad understanding of the type of offences coming under “military law” was echoed by s. 2 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which at the time of the *Charter*'s enactment defined (and still defines) “military law” as including “all laws, regulations or orders relating to the Canadian Forces”.⁶ Further, it is supported by this Court's jurisprudence. In *MacKay*, the Court found the transformation of ordinary civil offences into service offences to be a valid exercise of Parliament's legislative authority over “Militia, Military and Naval Service, and Defence” conferred by s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. In so finding, Ritchie J. observed that “service offences . . . have always been considered part of military law” (p. 397), such that the legislation was found to be valid “even for those matters which would normally fall under the *Criminal Code*, or the *Narcotic Control Act* [now the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19], but which, through the legislation and the application of military law properly fall into the category of service offences” (*ibid.*).

[76] *MacKay* cemented several key principles bearing on the interpretive issue now before the Court. Parliament has legislative authority under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, to create services offences under the *NDA*. Service offences are set out in the CSD, which serves as a disciplinary code for military life. Validly enacted offences that contravene this code

⁶ When the *Criminal Code* was first enacted in 1892, it defined “military law” as including “*The Militia Act* and any orders, rules and regulations made thereunder, the Queen's Regulations and Orders for the Army; any Act of the United Kingdom or other law applying to Her Majesty's troops in Canada, and all other orders, rules and regulations of whatever nature or kind soever to which Her Majesty's troops in Canada are subject” (S.C. 1892, c. 29, s. 3(o-1)).

guerre, au pays et à l'étranger », et se manifestait par des infractions d'ordre militaire prévues au CDM. Comme nous l'avons expliqué, le CDM prévoit une disposition qui transforme les infractions civiles ordinaires en infractions d'ordre militaire depuis l'adoption de la *LDN*.

[75] Cette interprétation large du type d'infractions relevant du droit militaire est reprise à l'art. 2 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, qui, au moment de l'adoption de la *Charte*, définissait (et définit toujours) la « loi militaire » comme comprenant « toutes lois, tous règlements ou toutes ordonnances sur les Forces canadiennes »⁶. La jurisprudence de la Cour appuie aussi cette interprétation. Dans l'arrêt *MacKay*, la Cour a conclu que la transformation des infractions civiles ordinaires en infractions d'ordre militaire constituait un exercice valide de la compétence législative du Parlement à l'égard de « la milice, [du] service militaire et [du] service naval, et [de] la défense du pays » que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En tirant cette conclusion, le juge Ritchie a observé que les « infractions militaires [. . .] [ont] toujours [été] considérées comme faisant partie du droit militaire » (voir p. 397), de sorte que la loi en cause a été jugée valide « même dans les domaines qui relèvent normalement du *Code criminel* ou de la *Loi sur les stupéfiants* [maintenant la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, c. 19] mais qui, à cause de la Loi et de l'application du droit militaire, sont à bon droit inclus dans la catégorie des infractions militaires » (*ibid.*).

[76] L'arrêt *MacKay* a cimenté plusieurs principes clés ayant une incidence sur la question d'interprétation dont la Cour est maintenant saisie. Le paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement le pouvoir législatif de créer des infractions d'ordre militaire dans la *LDN*. Ces infractions sont énoncées dans le CDM, lequel sert

⁶ Lorsqu'il a été adopté en 1892, le *Code criminel* définissait l'expression « loi militaire » comme comprenant « l'*Acte de la milice* et toutes ordonnances, règles et règlements faits sous son autorité; les Règlements et Ordonnances de la Reine pour l'armée; tout acte du Royaume-Uni ou toute autre loi applicable aux troupes de Sa Majesté en Canada, et tous autres ordres, règles et règlements, de quelque nature ou espèce que ce soit, auxquels sont assujetties les troupes de Sa Majesté en Canada » (S.C. 1892, c. 29, art. 3(t)).

have always been understood as offences under “military law”. Finally, what is now s. 130(1)(a) is validly enacted pursuant to s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. This means that an ordinary civil offence tried as a service offence is no less a part of “military law” than a service offence arising from spying for the enemy, mutiny, insubordination, or any other service offence prohibited by the CSD.

[77] This leads us to the debates on s. 11(f), during which the Honourable Jean Chrétien, then Minister of Justice, explained that “[j]ury trials in cases under military law before a military tribunal have never existed either under Canadian or American law” (Senate and House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 36, 1st Sess., 32nd Parl., January 12, 1981, at p. 12). This observation reveals an important historical fact: the separate system of military justice has never provided for a trial by jury.

[78] In our view, in light of “the historical origins of the concepts enshrined” and “the language chosen to articulate the specific right or freedom” (*Big M*, at p. 344), it is doubtful that s. 11(f) reversed this longstanding state of affairs. Instead, it is far more likely that the purpose of the military exception was to recognize and preserve the *status quo*. And as the CMAC suggested in *Trépanier*, “[i]t may be that the denial, under paragraph 11(f) of the *Charter*, of the right to jury trials for an accused tried before a military court was more easily accepted by Parliament because there was a long tradition of trials by a judge and panel members in the military justice system which afforded equivalent protection” (para. 102).

[79] We agree with *Trépanier* that the s. 11(f) exception contemplates that there be protection, to the extent possible, equivalent to the civilian jury system. As Bell C.J. stated in *Stillman*, a military panel

de code de discipline applicable à la vie militaire. Les infractions valablement adoptées qui contreviennent à ce code ont toujours été considérées comme des infractions au droit militaire. Enfin, ce qui est maintenant l’al. 130(1)a) a été valablement édicté en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ainsi, une infraction civile ordinaire jugée comme une infraction d’ordre militaire ne fait pas moins partie du droit militaire qu’une infraction d’ordre militaire découlant de l’espionnage pour le compte de l’ennemi, de la mutinerie, de l’insubordination ou toute autre infraction d’ordre militaire prévue dans le CDM.

[77] Cela nous conduit aux débats concernant l’al. 11f), durant lesquels l’honorable Jean Chrétien, alors ministre de la Justice, a expliqué que « [l]es procès devant jury n’ont jamais été prévus pour les causes relevant de la justice militaire, ni au Canada, ni aux États-Unis » (Sénat et Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 36, 1^{re} sess., 32^e lég., 12 janvier 1981, p. 12). Cette observation révèle un fait historique important : le système distinct de justice militaire n’a jamais prévu de procès avec jury.

[78] À notre avis, compte tenu « des origines historiques des concepts enchâssés » et « des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté » (*Big M*, p. 344), il serait étonnant que l’al. 11f) ait modifié cette situation qui existe depuis longtemps. Il est plutôt beaucoup plus probable que l’objectif de l’exception militaire ait été de reconnaître et de préserver le statu quo. En outre, comme la CACM l’a affirmé dans l’arrêt *Trépanier*, « [i]l se peut que la négation, à l’alinéa 11f) de la *Charte*, du droit de l’accusé comparissant devant un tribunal militaire de subir un procès devant jury ait été jugée plus acceptable par le législateur en raison de l’existence, dans le système de justice militaire, d’une longue tradition de procès tenus devant un juge et un comité de membres, qui assurait une protection équivalente » (par. 102).

[79] Nous sommes d’accord avec l’arrêt *Trépanier* pour dire que l’exception prévue à l’al. 11f) prévoit une protection qui est, dans la mesure du possible, équivalente à celle offerte dans système de jury civil.

serves a similar function to a civilian jury (para. 9). The composition and number of panel members may differ from that of a civilian jury, but in accordance with this Court's criteria in *Généreux* dealing with s. 11(d), the panel system as a whole must remain sufficiently independent and impartial.

[80] This was the state of “military law” at the time the military exception was included in s. 11(f) of the *Charter*. Against this backdrop, we conclude that the purpose of the military exception is to recognize and affirm the existence of a separate military justice system tailored to the unique needs of the military, and to preserve the historical reality that jury trials in cases governed by military law have never existed in Canada. Instead, Canada's military justice system has opted for a unique panel system designed to foster discipline, efficiency, and morale in the military.

[81] Taking that purpose as a given, we turn to two competing interpretations of the military exception: one urged by the accused persons and adopted by the majority in *Beaudry*, and the other endorsed in *obiter* by the majority in *Stillman*.

- (2) Interpretation #1: “Offence[s] Under Military Law” Are Limited to Those Listed in Sections 73 to 129 of the *NDA*

[82] Relying on the majority's reasoning in *Beaudry*, the accused persons maintain that the only “offence[s] under military law” for the purposes of the military exception in s. 11(f) of the *Charter* are those listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*. They distinguish between “special standards of military discipline”⁷ (to which only persons covered by the CSD are subject), and ordinary civil offences (to which all Cana-

⁷ This language approximates Lamer C.J.'s statement in *Généreux* that “[t]here is . . . a need for separate tribunals to enforce special disciplinary standards in the military” (p. 293 (emphasis added)).

Comme l'a affirmé le juge en chef Bell dans *Stillman*, un comité militaire remplit des fonctions similaires à celles d'un jury civil (par. 9 (CanLII)). La composition et le nombre de membres d'un comité peut différer de la composition et du nombre de membres d'un jury civil, mais, conformément aux critères établis par la Cour dans *Généreux* en ce qui a trait à l'al. 11d), le système de comités dans son ensemble doit demeurer suffisamment indépendant et impartial.

[80] Tel était l'état du droit militaire au moment où l'exception militaire a été incluse dans l'al. 11f) de la *Charte*. Dans ce contexte, nous concluons que l'objectif de cette exception est de reconnaître et de confirmer l'existence d'un système de justice militaire distinct, adapté aux besoins particuliers des forces armées, et de préserver la réalité historique selon laquelle il n'y a jamais eu de procès avec jury dans les affaires régies par le droit militaire au Canada. Le système de justice militaire du Canada a plutôt opté pour un système spécifique de comités visant à favoriser la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

[81] En tenant cet objectif pour acquis, nous examinerons maintenant deux interprétations opposées de l'exception militaire : la première, préconisée par les accusés et adoptée par les juges majoritaires dans *Beaudry*, et la seconde, approuvée dans les remarques incidentes des juges majoritaires dans *Stillman*.

- (2) Interprétation n° 1 : Les « *offence[s] under military law* » se limitent à celles énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*

[82] Se fondant sur le raisonnement des juges majoritaires dans l'arrêt *Beaudry*, les accusés soutiennent que les seules « *offence[s] under military law* » pour l'application de l'exception militaire prévue à l'al. 11f) de la *Charte* sont celles énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*. Ils établissent une distinction entre les [TRADUCTION] « normes spéciales relatives à la discipline militaire »⁷ (auxquelles seules les personnes

⁷ Cette expression est semblable à celle utilisée par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Généreux* : « Il est [. . .] nécessaire d'établir des tribunaux distincts chargés de faire respecter les normes spéciales de la discipline militaire » (p. 293 (nous soulignons)).

dians are subject), and say that it is only the former category of offences that constitutes “military law” within s. 11(f)’s meaning. In support, they point to *An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Eng.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5 (“*Mutiny Act*”), which granted service members the right to a trial by jury except in cases of sedition, desertion, or mutiny. But respectfully, for three reasons, we are not persuaded.

[83] Firstly, *MacKay* makes clear that an ordinary civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) is no less an offence under “military law” than “purely” military offences in the CSD. That an offence is incorporated by reference (s. 130(1)(a)), rather than by direct enactment (ss. 73 to 129), does not change this. To reason otherwise would be to privilege form over substance, since a referentially incorporated offence is no less an offence by reason of its form. Moreover, while the accused persons insist that “an offence under *military law*” and “an offence under *civil law*” are two mutually exclusive concepts, they offer no principled reason why a particular act or omission cannot constitute an offence under both spheres of law.

[84] Secondly, the accused persons’ proposal is not supported by the text of s. 11(f). Had the scope of the military exception been limited to the offences listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*, one would have expected language such as “except for those offences which are exclusively under military jurisdiction” or “except for those offences which apply exclusively to those persons subject to military law”. No such limiting language appears in s. 11(f).

[85] Thirdly, the accused persons’ reliance on the *Mutiny Act* of 1689 is misplaced. The accused persons rightly note that this Act (which has long since been repealed) set out a very narrow exception to the right to a trial by jury, applicable only in respect

justiciables du CDM sont assujetties) et les infractions civiles ordinaires (auxquelles tous les Canadiens sont assujettis), et affirment que seule la première catégorie d’infractions constitue du « *military law* » au sens de l’al. 11f). À l’appui de leur argument, ils invoquent la loi intitulée *An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Angl.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5 (« *Mutiny Act* »), qui conférait aux militaires le droit à un procès avec jury, sauf dans les cas de sédition, de désertion ou de mutinerie. Soit dit en tout respect, nous ne sommes toutefois pas convaincus, et ce, pour trois raisons.

[83] Premièrement, l’arrêt *MacKay* établit clairement qu’une infraction civile ordinaire jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) n’est pas moins une infraction au droit militaire que les infractions « purement » militaires prévues au CDM. Le fait qu’une infraction soit incorporée par renvoi (al. 130(1)a)) plutôt que par édicition directe (art. 73 à 129) n’y change rien. Affirmer le contraire reviendrait à faire passer la forme avant le fond, puisqu’une infraction incorporée par renvoi n’est pas moins une infraction en raison de sa forme. De plus, bien qu’ils insistent sur le fait qu’une infraction au droit *militaire* et une infraction *civile* soient deux concepts qui s’excluent mutuellement, les accusés n’avancent aucune raison de principe expliquant pourquoi un acte particulier ou une omission donnée ne peut constituer une infraction dans ces deux sphères du droit.

[84] Deuxièmement, la proposition des accusés n’est pas étayée par le libellé de l’al. 11f). Si la portée de l’exception militaire avait été limitée aux infractions énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*, on se serait attendu à des termes tels que « sauf s’il s’agit d’une infraction relevant exclusivement de la compétence militaire » ou « sauf s’il s’agit d’une infraction qui s’applique exclusivement aux personnes assujetties au droit militaire ». L’alinéa 11f) ne contient aucun libellé restrictif de ce genre.

[85] Troisièmement, c’est à tort que les accusés se fondent sur la *Mutiny Act* de 1689. Ceux-ci soulignent à bon droit que cette loi (abrogée depuis longtemps) établissait une exception très limitée au droit à un procès avec jury, applicable uniquement en cas de

of sedition, desertion, or mutiny. But military law, and the place of the military in the society in which it operates more generally, have changed a great deal since the 17th century, and there is no reason to believe that the Constitution left the scope of military law frozen as it was in 1689. Indeed, Canada's military justice system, itself a much later creation, has grown and evolved into a sophisticated apparatus capable of handling all manner of offences committed by persons subject to the CSD, not just sedition, desertion, and mutiny. Given the elaborate administrative infrastructure that undergirds the modern military justice system, it would be curious to think that s. 11(f) consigns this system to dealing with such a narrow band of "uniquely military offences".

[86] We underline at this point that we would not foreclose the possibility of challenging certain aspects of the military panel system, particularly in relation to their composition and their independence from the chain of command, under other provisions of the *Charter* — for example, s. 11(d). But this is a different question than that put before us here. The present appeals ask whether s. 130(1)(a) is inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*. This issue turns solely on whether a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as "an offence under military law", thereby engaging the military exception in s. 11(f).

[87] In sum, we are respectfully of the view that the words "an offence under military law" in s. 11(f) cannot be read in the manner proposed by the accused persons.

- (3) Interpretation #2: "Offence[s] Under Military Law" Should Be Qualified by a Heightened "Military Nexus" Requirement

[88] An alternative position, endorsed in *obiter* by the majority in *Stillman*, is that the words "an offence

sédition, de désertion ou de mutinerie. Cependant, le droit militaire a beaucoup changé depuis le 17^e siècle, tout comme la place qu'occupent les forces armées dans la société où elles mènent leurs activités de manière plus générale, et il n'y a aucune raison de croire que la Constitution a figé la portée du droit militaire dans l'état où elle était en 1689. En fait, le système de justice militaire du Canada, qui a lui-même été créé beaucoup plus tard, s'est développé et est devenu un appareil complexe permettant de traiter toutes sortes d'infractions commises par les personnes assujetties au CDM, et pas seulement la sédition, la désertion et la mutinerie. Étant donné l'infrastructure administrative élaborée sur laquelle repose le système moderne de justice militaire, il serait étrange de penser que l'al. 11f) fait en sorte que ce système ne sert à juger qu'un tel ensemble restreint d'« infractions exclusivement militaires ».

[86] Nous soulignons ici que nous n'écartons pas la possibilité que certains aspects du système de comités militaires puissent être contestés — particulièrement en ce qui concerne leur composition et leur indépendance par rapport à la chaîne de commandement — en vertu d'autres dispositions de la *Charte*, par exemple l'al. 11d). Cependant, ce n'est pas la question à laquelle nous devons répondre en l'espèce. Les présents pourvois visent à déterminer si l'al. 130(1)a) est incompatible avec l'al. 11f) de la *Charte*. Il s'agit uniquement de décider si une infraction civile grave jugée comme une infraction d'ordre militaire suivant l'al. 130(1)a) peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l'application de l'exception militaire prévue à l'al. 11f).

[87] En somme et, soit dit en tout respect, nous estimons que l'expression « *offence under military law* » figurant à l'al. 11f) ne peut être interprétée de la manière proposée par les accusés.

- (3) Interprétation n° 2 : La portée de l'expression « *offence under military law* » devrait être restreinte par une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire »

[88] Selon une autre position, approuvée dans les remarques incidentes des juges majoritaires dans

under military law” in s. 11(f) should be qualified by a heightened “military nexus” requirement going beyond the accused’s military status.

[89] By way of background, as Bell C.J. summarized in his concurring reasons in *Stillman* (see paras. 11-13), the “military nexus” doctrine (also known as the “service-connection” test) was first articulated by the Supreme Court of the United States in *O’Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258, at a time when the United States was in the midst of the Vietnam War, conscription (i.e., forced enlistment) was a feature of the military, and U.S. courts were hearing only judicial review applications from courts martial (there was no appeal mechanism in place). The Supreme Court ruled that in order for a court martial to have jurisdiction over a particular offence, it had to have a connection to service (see p. 272). The decision was based in part on the observation that courts martial were “not yet an independent instrument of justice” (p. 265).

[90] As Bell C.J. also noted, however, the U.S. Supreme Court later overruled *O’Callahan* and jettisoned the “service-connection” test in *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435. From that point (by which time the Vietnam War had ended, conscription had ended and judicial review of court martial decisions had been supplemented by the availability of appeals), the jurisdiction of courts martial depended solely on the accused’s status as a member of the Armed Forces, and not on the existence of a “service connection”.

[91] Before *Solorio* dealt a death blow to the “service-connection” test in the United States, however, the doctrine had found its way into Canadian jurisprudence. In his concurring reasons in *MacKay*, McIntyre J. endorsed a form of “military nexus”, stating that a civil offence would “[fall] within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when

l’arrêt *Stillman*, la portée de l’expression « *offence under military law* » figurant à l’al. 11f) devrait être restreinte par une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire », lien allant au-delà du statut de militaire de l’accusé.

[89] En guise de toile de fond, comme le juge en chef Bell l’a résumé dans ses motifs concordants dans l’arrêt *Stillman* (voir par. 11-13), la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire » (aussi appelée le critère du « lien militaire ») a été formulée pour la première fois par la Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *O’Callahan c. Parker* (1969), 395 U.S. 258, à une époque où les États-Unis étaient en pleine guerre du Vietnam, où la conscription (c.-à-d. l’enrôlement forcé) avait cours dans l’armée et où les tribunaux américains n’entendaient que des demandes de contrôle judiciaire des décisions des cours martiales (aucun mécanisme d’appel n’était prévu). Selon la Cour suprême des États-Unis, une cour martiale n’avait compétence à l’égard d’une infraction donnée qu’en présence d’un lien avec le service militaire (voir p. 272). La décision était fondée en partie sur l’observation voulant que les cours martiales n’étaient [TRADUCTION] « pas encore un instrument de justice indépendant » (p. 265).

[90] Comme le juge en chef Bell l’a toutefois également souligné, la Cour suprême des États-Unis a plus tard écarté l’arrêt *O’Callahan* et a abandonné le critère du « lien militaire » dans *Solorio c. United States* (1987), 483 U.S. 435. À partir de ce moment (alors que la guerre du Vietnam était terminée, qu’il avait été mis fin à la conscription et que la possibilité de demander le contrôle judiciaire des décisions des cours martiales avait été complétée par celle d’en interjeter appel), la compétence des cours martiales dépendait seulement du statut de membre des Forces armées de l’accusé, et non de l’existence d’un « lien militaire ».

[91] Avant que l’arrêt *Solorio* ne porte le coup de grâce au critère du « lien militaire » aux États-Unis, la doctrine avait toutefois déjà fait son chemin jusque dans la jurisprudence canadienne. Dans ses motifs concordants dans l’arrêt *MacKay*, le juge McIntyre a approuvé une forme de « lien de connexité avec le service militaire », déclarant qu’une infraction civile

committed by a serviceman if such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service” (p. 410). Subsequently, the doctrine found expression in the CMAC’s jurisprudence (see, e.g., *R. v. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433; *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563; *Brown*; *R. v. Moriarity*, 2014 CMAC 1, 455 N.R. 59; *R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 460 N.R. 248).

[92] In 2015, however, this Court in *Moriarity* stemmed this line of jurisprudence by making it clear that the only “military nexus” required to support a rational connection to maintaining discipline, efficiency, and morale in the military is the accused’s military status. In that case, four members of the Canadian Armed Forces were charged with ordinary civil offences tried as service offences under s. 130(1)(a). They argued that because the service offences with which they had been charged were committed in circumstances that had no “direct link” to discipline, efficiency, or morale in the military, s. 130(1)(a) was overbroad under s. 7 of the *Charter*.

[93] This Court rejected that argument, stating that the purpose of s. 130(1)(a), consistent with the purpose of the military justice system as a whole, is “to maintain the discipline, efficiency and morale of the military” (para. 48). “There is no explicit limitation”, the Court observed, “in the text of s. 130(1)(a) to the effect that the offence must have been committed in a military context; it transforms the underlying offence into a service offence ‘irrespective of its nature and the circumstances of its commission’” (para. 8, citing *Trépanier*, at para. 27). Thus, the provision applies even where “the only military connection is the status of the accused” (para. 49).

[94] Even this broad scope of application did not translate into overbreadth. The Court found that “[t]he objective of maintaining ‘discipline, efficiency

« [relève] de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu’elle serait susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des forces armées » (p. 410). Par la suite, la doctrine a trouvé son expression dans la jurisprudence de la CACM (voir, p. ex., *R. c. MacDonald* (1983), 4 C.A.C.M. 277; *Ionson c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 433; *Ryan c. La Reine* (1987), 4 C.A.C.M. 563; *Brown*; *R. c. Moriarity*, 2014 CACM 1; *R. c. Larouche*, 2014 CACM 6).

[92] Cependant, en 2015, la Cour dans *Moriarity* a mis fin à ce courant jurisprudentiel en précisant que le seul « lien de connexité avec le service militaire » nécessaire pour étayer l’existence d’un lien rationnel avec le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes est le statut de militaire de l’accusé. Dans cette affaire, quatre membres des Forces armées canadiennes avaient été accusés d’infractions civiles ordinaires jugées comme des infractions d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a). À leur avis, vu que les infractions d’ordre militaire qui leur étaient reprochées avaient été commises dans des circonstances qui n’avaient pas de « lien direct » avec la discipline, l’efficacité ou le moral des troupes, l’al. 130(1)a) avait une portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

[93] La Cour a rejeté cet argument, précisant que l’objet de l’al. 130(1)a), conformément à celui du système de justice militaire dans son ensemble, est de « maintenir la discipline, l’efficacité et le moral des troupes » (par. 48). Elle a observé que « [l]e texte de l’al. 130(1)a) ne contient aucune restriction exigeant explicitement que l’infraction ait été commise dans un contexte militaire; il transforme l’infraction sous-jacente en infraction d’ordre militaire “sans égard à la nature et aux circonstances de perpétration de l’infraction” » (par. 8, citant *Trépanier*, par. 27 (CanLII)). Par conséquent, la disposition s’applique même lorsque « le seul lien de connexité avec le service militaire est le statut de l’accusé » (par. 49).

[94] Même ce large champ d’application ne s’est pas traduit par une conclusion de portée excessive. La Cour a jugé que « l’objectif consistant à maintenir

and morale’ is rationally connected to dealing with criminal actions committed by members of the military even when not occurring in military circumstances” (para. 51). It went on:

Criminal or fraudulent conduct, even when committed in circumstances that are not directly related to military duties, may have an impact on the standard of discipline, efficiency and morale. For instance, the fact that a member of the military has committed an assault in a civil context . . . may call into question that individual’s capacity to show discipline in a military environment and to respect military authorities. The fact that the offence has occurred outside a military context does not make it irrational to conclude that the prosecution of the offence is related to the discipline, efficiency and morale of the military.

Consider, as a further example, an officer who has been involved in drug trafficking. There is a rational connection between the discipline, efficiency and morale of the military and military prosecution for this conduct. There is, at the very least, a risk that loss of respect by subordinates and peers will flow from that criminal activity even if it did not occur in a military context. Similarly, a member of the military who has engaged in fraudulent conduct is less likely to be trusted by his or her peers. Again, this risk provides a rational connection between the military prosecution for that conduct and the discipline, efficiency and morale of the military.

These examples support a broad understanding of the situations in which criminal conduct by members of the military is at least rationally connected to maintaining the discipline, efficiency and morale of the armed forces: the behaviour of members of the military relates to discipline, efficiency and morale even when they are not on duty, in uniform, or on a military base. [Emphasis added; paras. 52-54.]

[95] The Court held that even “where the only military connection is the status of the accused”, the full range of conduct covered by s. 130(1)(a) has a rational connection to the maintenance of discipline, efficiency, and morale in the military. Section 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter*.

la “discipline, l’efficacité et le moral” est rationnellement lié au traitement des comportements criminels auxquels se livrent des militaires, même en dehors d’un contexte militaire » (par. 51). Elle a ajouté ce qui suit :

Même commis dans des circonstances non directement liées à des fonctions militaires, un comportement criminel ou frauduleux peut avoir une incidence sur les normes applicables au titre de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes. Par exemple, le fait qu’un militaire ait commis des voies de fait dans un contexte civil [. . .] pourrait soulever des doutes sur sa capacité à faire preuve de discipline en contexte militaire et à respecter les autorités militaires. Ce n’est pas parce que l’infraction est survenue dans un contexte non militaire qu’il est illogique de conclure que les poursuites intentées relativement à cette infraction ont un lien avec la discipline, l’efficacité et le moral des troupes.

Un autre exemple serait le cas d’un officier qui aurait participé à un trafic de drogues. Il existe un lien rationnel entre, d’une part, la discipline, l’efficacité et le moral des troupes et, d’autre part, l’engagement de poursuites militaires visant une telle conduite de l’officier. En effet, il existe à tout le moins un risque que de telles activités criminelles lui fassent perdre le respect de ses subordonnés et de ses pairs, même si elles ne se sont pas déroulées dans un contexte militaire. De même, un militaire qui aurait commis des actes frauduleux est moins susceptible de jouir de la confiance de ses pairs. Ici encore, ce risque permet d’établir un lien rationnel entre les poursuites militaires intentées relativement à cette conduite et la discipline, l’efficacité et le moral des troupes.

Ces exemples appuient une interprétation large des situations où la conduite criminelle des militaires est à tout le moins rationnellement liée au maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des forces armées : le comportement des militaires touche à la discipline, à l’efficacité et au moral, même lorsque ces derniers ne sont pas de service, en uniforme ou dans une base militaire. [Nous soulignons; par. 52-54.]

[95] La Cour a conclu que, même lorsque « le seul lien de connexité avec le service militaire est le statut de l’accusé », l’éventail complet des conduites visées par l’al. 130(1)a présente un lien rationnel avec le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes. L’alinéa 130(1)a n’a pas une portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*.

[96] Against this backdrop, we are of the view that there are compelling reasons why the “military nexus” doctrine should not be resurrected.

[97] Firstly, and most significantly, is the combined effect of *MacKay* and *Moriarity*. We acknowledge that compliance with the division of powers and *Charter* compliance are, generally speaking, two different things (such that one does not necessarily follow from the other (see *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at paras. 79-83). We also acknowledge that s. 11 of the *Charter* provides protection that is distinct from that provided by s. 7 (see *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843, at p. 854). However, we are of the view that, in the specific instance of s. 11(f), the military exception restricts the right to a trial by jury by referring, at least implicitly, to a particular head of power under the *Constitution Act, 1867* — namely, s. 91(7). In our view, therefore, there must be coherence among the division of powers analysis, the overbreadth analysis, and the meaning of “an offence under military law” in s. 11(f) of the *Charter*. Were s. 130(1)(a) to include offences that are not “an offence under military law”, then the provision would necessarily be either *ultra vires* of Parliament, overbroad, or both. However, the parties accept that s. 130(1)(a) is neither *ultra vires* of Parliament nor overbroad. It follows, in our view, that an offence under that provision is necessarily “an offence under military law”, even without the imposition of a heightened “military nexus” requirement going beyond the accused’s military status. This conclusion stems from the unique wording, context, and purpose of the military exception to s. 11(f).

[98] Secondly, and relatedly, the parties do not contest that the offences listed in ss. 73 to 129 of the *NDA*, each of which was enacted pursuant to Parliament’s power under s. 91(7), are “offence[s] under military law” within the meaning of s. 11(f) of the *Charter*. In fact, the accused persons argued that

[96] Dans ce contexte, nous sommes d’avis que des raisons convaincantes justifient de ne pas faire renaître la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire ».

[97] Premièrement, et surtout, il y a l’effet combiné des arrêts *MacKay* et *Moriarity*. Nous reconnaissons que le respect du partage des compétences et le respect de la *Charte* sont, en règle générale, deux choses différentes (de sorte que l’une ne découle pas nécessairement de l’autre (voir *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 79-83). Nous reconnaissons aussi que l’art. 11 de la *Charte* confère une protection qui est distincte de celle que confère l’art. 7 (voir *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, p. 854). Cependant, nous sommes d’avis que, dans le cas particulier de l’al. 11f), l’exception militaire restreint le droit à un procès avec jury en renvoyant, à tout le moins implicitement, à un chef de compétence particulier de la *Loi constitutionnelle de 1867* — à savoir le par. 91(7). À notre avis, il faut donc une cohérence entre l’analyse du partage des compétences, l’analyse de la portée excessive et le sens de l’expression « *offence under military law* » figurant à l’al. 11f) de la *Charte*. Si l’al. 130(1)a visait des infractions qui ne sont pas des « *offence[s] under military law* », il s’ensuivrait nécessairement que cette disposition outrepasserait les pouvoirs du Parlement, a une portée excessive, ou présente ces deux caractéristiques. Cependant, les parties conviennent que l’al. 130(1)a n’outrepasserait pas les pouvoirs du Parlement et n’a pas non plus une portée excessive. Il s’ensuit, à notre avis, qu’une infraction visée à cette disposition est nécessairement une « *offence under military law* », même sans que soit imposée une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire », lien allant au-delà du statut de militaire de l’accusé. Cette conclusion résulte du libellé, du contexte et de l’objet spécifiques de l’exception militaire prévue à l’al. 11f).

[98] Deuxièmement, et dans le même ordre d’idées, les parties ne contestent pas le fait que les infractions énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN* — chacune ayant été édictée en vertu du pouvoir conféré au Parlement par le par. 91(7) — constituent des « *offence[s] under military law* » au sens de l’al. 11f) de la *Charte*.

these are the *only* “offence[s] under military law”. Yet a number of these offences can be committed in the absence of a heightened “military nexus” going beyond the accused’s military status. “Stealing” under s. 114 offers one example (see *Moriarity*, at para. 38). If no heightened “military nexus” is required to preserve the status of these offences as “offence[s] under military law”, then it would be inconsistent to impose such a requirement in relation to offences under s. 130(1)(a).

[99] Thirdly, the imposition of a heightened “military nexus” requirement would risk causing military courts to engage in an unwieldy and unhelpful threshold inquiry that distracts from the merits. As Professor Hogg writes, the rejection of the “military nexus” requirement in *Moriarity* spares service tribunals from the distraction of having to determine whether there is a “direct link” between the circumstances of the offence and the military in each and every case (pp. 51-30 to 51-32). As we have seen, the “military nexus” doctrine has been tried, tested, and ultimately rejected in the United States, with Rehnquist C.J. declaring in *Solorio* that “the service connection approach . . . has proved confusing and difficult for military courts to apply” (p. 448) and that it “should be abandoned” (p. 441). The Canadian experience has also been an unhappy one. In Canada, the “elusive” military nexus test proved unsatisfactory due to its uncertainty (see J. Walker, “Military Justice: From Oxymoron to Aspiration” (1994), 32:1 *Osgoode Hall L.J.* 1, at pp. 13-14; T. E. K. Fitzgerald, “The Nexus Disconnected: The Demise of the Military Nexus Doctrine” (2018), 65 *Crim. L.Q.* 155). This uncertainty “ultimately cast doubt on the validity of this approach to court martial jurisdiction” (Walker (1994), at p. 14). Furthermore, and as we have recounted, the “military nexus” doctrine in the U.S. was pronounced in a very different context. In this regard, we would endorse the statement of Bell C.J. in *Stillman* that “[p]erhaps the service connection is outdated; perhaps it was never necessary in the Canadian environment. Regardless, the factors which motivated the adoption of the test in the United States . . . are far removed from the

En fait, les accusés ont fait valoir qu’il s’agit là des *seules* « *offence[s] under military law* ». Cependant, un certain nombre de ces infractions peuvent être commises en l’absence d’un « lien de connexité [accru] avec le service militaire » allant au-delà du statut de militaire de l’accusé. L’infraction de « vol » prévue à l’art. 114 en est un exemple (voir *Moriarity*, par. 38). Si aucun « lien de connexité [accru] avec le service militaire » n’est requis pour préserver le statut d’« *offence[s] under military law* » de ces infractions, il est alors illogique d’imposer une telle exigence en lien avec les infractions prévues à l’al. 130(1)a).

[99] Troisièmement, l’imposition d’une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » risquerait de faire en sorte que les tribunaux militaires se livrent à un examen préliminaire compliqué et inutile qui détourne leur attention du fond de l’affaire. Comme le professeur Hogg l’écrit, le rejet de l’exigence d’un « lien de connexité avec le service militaire » dans *Moriarity* épargne les tribunaux militaires de la distraction consistant à décider dans chaque cas s’il existe un [TRADUCTION] « lien direct » entre les circonstances de l’infraction et les forces armées (p. 51-30 à 51-32). Comme nous l’avons vu, la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire » a été mise à l’essai et a finalement été rejetée aux États-Unis, le juge en chef Rehnquist ayant déclaré dans l’arrêt *Solorio* que [TRADUCTION] « l’approche relative au lien militaire [. . .] s’est révélée source de confusion et difficile à appliquer pour les tribunaux militaires » (p. 448) et qu’elle « devrait être abandonnée » (p. 441). L’expérience canadienne a également été une expérience malheureuse. Au Canada, le critère [TRADUCTION] « difficile à cerner » du lien de connexité avec le service militaire s’est révélé insatisfaisant en raison de son caractère incertain (voir J. Walker, « Military Justice : From Oxymoron to Aspiration » (1994), 32:1 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 13-14; T. E. K. Fitzgerald, « The Nexus Disconnected : The Demise of the Military Nexus Doctrine » (2018), 65 *Crim. L.Q.* 155). Ce caractère incertain [TRADUCTION] « met finalement en doute la validité de cette conception de la compétence d’une cour martiale » (Walker (1994), p. 14). De plus, comme nous l’avons mentionné, la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire » aux États-Unis a été exposée dans un contexte très différent. À

realities of the modern Canadian military justice system” (para. 13).

[100] Fourthly, were serious civil offences committed by persons subject to the CSD to be streamed into the civilian justice system, sentencing decisions in those cases might not truly account for the seriousness of such offences, seen in light of the purposes of discipline, efficiency, and morale. As Cattanach J. recognized in *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.), “[m]any offences which are punishable under civil law take on a much more serious connotation as a service offence and as such warrant more severe punishment” (p. 236, quoted in *Généreux*, at p. 294). The proper maintenance of military discipline, efficiency, and morale may require a more severe response to misconduct than it would receive in the civilian justice system. Indeed, the fundamental purposes of sentencing in the military justice system differ from those in the civilian criminal justice system. These purposes, set out in s. 203.1(1) of the *NDA*, are (a) “to promote the operational effectiveness of the Canadian Forces by contributing to the maintenance of discipline, efficiency and morale”; and (b) “to contribute to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. Furthermore, s. 203.1(2) of the *NDA* stipulates that these purposes “shall be achieved by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives”:

- (a) to promote a habit of obedience to lawful commands and orders;
- (b) to maintain public trust in the Canadian Forces as a disciplined armed force;
- (c) to denounce unlawful conduct;

cet égard, nous souscrivons à la déclaration du juge en chef Bell dans l’arrêt *Stillman* selon laquelle « [l]e lien militaire est peut-être dépassé; peut-être n’a-t-il jamais été nécessaire dans le contexte canadien. Peu importe, les facteurs qui ont motivé l’adoption de ce critère aux États-Unis [. . .] ont peu à voir avec les réalités du système moderne canadien de justice militaire » (par. 13).

[100] Quatrièmement, si les infractions civiles graves commises par des personnes assujetties au CDM devaient être acheminées vers le système de justice civile, les décisions relatives à la détermination de la peine dans ces affaires pourraient ne pas réellement tenir compte de la gravité de ces infractions, à la lumière des objectifs que sont la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. Comme le juge Cattanach l’a reconnu dans l’arrêt *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.), « [p]lusieurs infractions de droit commun sont considérées comme beaucoup plus graves lorsqu’elles deviennent des infractions militaires, ce qui autorise l’imposition de sanctions plus sévères » (p. 236, cité dans l’arrêt *Généreux*, p. 294). Le maintien approprié de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes peut exiger de prendre des mesures plus sévères à l’égard de l’inconduite que celles qui seraient prises dans le système de justice civile. En fait, les objectifs essentiels de la détermination de la peine dans le système de justice militaire diffèrent de ceux du système civil de justice pénale. Ces objectifs, qui sont énoncés au par. 203.1(1) de la *LDN*, sont « de favoriser l’efficacité opérationnelle des Forces canadiennes en contribuant au maintien de la discipline, de la bonne organisation et du moral, et de contribuer au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre ». En outre, le par. 203.1(2) de la *LDN* prévoit que l’atteinte de ces objectifs « se fait par l’infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants » :

- a) renforcer le devoir d’obéissance aux ordres légitimes;
- b) maintenir la confiance du public dans les Forces canadiennes en tant que force armée disciplinée;
- c) dénoncer les comportements illégaux;

(d) to deter offenders and other persons from committing offences;

(e) to assist in rehabilitating offenders;

(f) to assist in reintegrating offenders into military service;

(g) to separate offenders, if necessary, from other officers or non-commissioned members or from society generally;

(h) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(i) to promote a sense of responsibility in offenders, and an acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

[101] While some of these objectives are reflected in s. 718 of the *Criminal Code* (e.g., rehabilitating offenders), others are not (e.g., promoting a habit of obedience to lawful commands and orders). Thus, sentencing in the military justice system is guided by certain objectives that are unique to the military milieu. Extracting serious civil offences from this system would have the unfortunate consequence of eliminating these unique and important objectives from being considered in the sentencing process in these cases.

[102] Fifthly, while military prosecutors may engage in an inquiry that resembles a “military nexus” test when assessing whether to exercise jurisdiction in a particular case, the *existence* of jurisdiction must be separated from the *exercise* of jurisdiction. The Director of Military Prosecutions has issued a policy directive on the factors to be considered when determining whether charges against a person who is subject to the CSD should proceed in the military justice system or instead in the civilian criminal justice system. According to this directive, the factors include:

a. the degree of military interest in the case, as reflected by factors such as the place where the offence was

d) dissuader les contrevenants et autres personnes de commettre des infractions;

e) favoriser la réinsertion sociale des contrevenants;

f) favoriser la réinsertion des contrevenants dans la vie militaire;

g) isoler, au besoin, les contrevenants des autres officiers et militaires du rang ou de la société en général;

h) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

i) susciter le sens des responsabilités chez les contrevenants, notamment par la reconnaissance des dommages causés à la victime et à la collectivité.

[101] Quoique certains de ces objectifs soient exprimés à l’art. 718 du *Code criminel* (p. ex., favoriser la réinsertion sociale des contrevenants), d’autres ne le sont pas (p. ex., renforcer le devoir d’obéissance aux ordres légitimes). Par conséquent, la détermination de la peine dans le système de justice militaire est guidée par certains objectifs qui sont propres au milieu militaire. Extraire les infractions civiles graves de ce système ferait malheureusement en sorte qu’il ne serait pas tenu compte de ces objectifs spécifiques et importants dans le cadre du processus de détermination de la peine dans de tels cas.

[102] Cinquièmement, bien que les procureurs militaires puissent effectuer un examen qui ressemble à un examen fondé sur le critère du « lien de connexité avec le service militaire » lorsqu’ils évaluent s’il y a lieu d’exercer leur compétence dans une affaire donnée, l’*existence* de la compétence doit être distinguée de l’*exercice* de celle-ci. Le directeur des poursuites militaires a publié une directive sur les facteurs à prendre en considération au moment de déterminer si des accusations contre une personne assujettie au CDM devraient être portées dans le système de justice militaire ou plutôt dans le système civil de justice pénale. Selon cette directive, ces facteurs sont notamment :

a. l’intérêt militaire présenté par l’affaire, qui est déterminé en fonction de facteurs tels que l’endroit où

- | | |
|---|---|
| alleged to occur, or whether the accused was on duty at the time of the alleged offence; | l'infraction présumée s'est produite, ou de la question de savoir si l'accusé était en service à ce moment-là; |
| b. the degree of civilian community interest in the case; | b. l'intérêt de la collectivité civile dans l'affaire; |
| c. the views of the victim; | c. la perspective de la victime; |
| d. whether the accused, the victim, or both are members of the CAF; | d. la question de savoir si l'accusé, la victime ou les deux sont membres des Forces canadiennes; |
| e. whether the matter was investigated by military or civilian personnel; | e. la question de savoir si l'affaire a fait l'objet d'une enquête militaire ou civile; |
| f. the views of the investigative agency; | f. l'opinion de l'organisme d'enquête; |
| g. geographic considerations such as the current location of necessary witnesses; | g. des questions d'ordre géographique, comme l'endroit où se trouvent les témoins requis; |
| h. jurisdictional considerations where, for example, the offence was allegedly committed abroad; | h. des questions relatives au champ de compétence, par exemple si l'infraction présumée a été commise à l'étranger; |
| i. post-conviction consequences; and | i. les conséquences d'une condamnation; et |
| j. the views of the Commanding Officer, as expressed through the unit legal advisor, with respect to unit disciplinary interests. [Footnote omitted.] | j. l'opinion du commandant, telle qu'énoncée par le conseiller juridique de l'unité, en ce qui concerne l'intérêt de l'unité en matière de discipline. [Note en bas de page omise.] |

(Directive No. 002/99, “Pre-Charge Screening”, 2000 (online))

(Directive n° 002/99, « Vérification préalable à l'accusation », 2000 (en ligne))

[103] Thus, based on case-specific factors, military prosecutors may decide that it would be more appropriate to stream a particular case into the civilian criminal justice system. Yet the distinction between the *existence* of jurisdiction and the *exercise* of jurisdiction is an important one. While military prosecutors may decline to exercise jurisdiction in any particular instance that falls within the scope of the CSD, this does not change the fact that, as a matter of law, the military justice system nonetheless *has* jurisdiction. In our view, the role of defining the scope of military prosecutors' jurisdiction belongs to the courts, while the role of deciding whether jurisdiction should be exercised in any particular case — and what factors guide that decision — is properly left to military prosecutors. Moreover, it is worth noting that Crown counsel advised the Court during oral

[103] En conséquence, selon les facteurs propres au dossier, les procureurs militaires peuvent décider qu'il serait plus approprié d'acheminer un cas particulier vers le système civil de justice pénale. Cependant, la distinction entre l'*existence* de la compétence et l'*exercice* de celle-ci est importante. Bien que les procureurs militaires puissent refuser d'exercer leur compétence dans une affaire donnée qui relève de la portée du CDM, cela ne change pas le fait qu'en droit, le système de justice militaire *a* néanmoins compétence. À notre avis, il appartient aux tribunaux de définir la portée de la compétence des procureurs militaires, et il vaut mieux laisser aux procureurs militaires le soin de décider s'ils doivent exercer leur compétence dans une affaire donnée et quels facteurs guideront leur décision. De plus, il convient de souligner que l'avocat de la Couronne a informé

argument that, to his knowledge, there has not been a single instance in which military prosecutors and civilian prosecutors could not agree on which system should handle a particular matter. This speaks to the cooperation and mutual respect between prosecutorial authorities in these two systems.

[104] We are fortified in our conclusion by practical considerations, some of which were discussed in *R. v. Ryan*, 2018 CM 2033. Imposing a heightened “military nexus” requirement would go against the objective of responding swiftly to misconduct within the military and thereby enhancing discipline, efficiency, and morale in the military. As indicated, one of the consequences of imposing a heightened “military nexus” requirement would be to stream serious civil offences committed by persons subject to the CSD into the civilian criminal justice system. But arranging a jury trial in the civilian criminal justice system, particularly in areas of the country where the courts are already beset by backlogs, may result in delays that would not be experienced if the matter proceeded within the military justice system. The result may be to fail to sufficiently achieve the objectives of maintaining discipline, efficiency, and morale within the military. In addition, it may send the message that the military justice system is incapable of dealing with misconduct by persons subject to the CSD. The consequences for morale within the military could be serious.

[105] As for the “military connection test” proposed by our colleagues Karakatsanis and Rowe JJ., we are troubled by our colleagues’ approach for several reasons. Firstly, they encourage military courts faced with a jurisdictional challenge to ask: “Has a service member committed an offence in circumstances that are so connected to the military that it would have a direct effect on military discipline, efficiency and morale?” (para. 177 (emphasis added)). Yet the direct/indirect distinction was expressly rejected in *Moriarity*. As we have pointed out, *Moriarity* clarified that “[c]riminal or fraudulent

la Cour en plaidoirie orale qu’à sa connaissance, il n’est jamais arrivé que des procureurs militaires et des procureurs civils n’arrivent pas à s’entendre sur le système dans lequel devrait être traitée une affaire donnée. Cela démontre la coopération et le respect mutuel qui existent entre les autorités chargées des poursuites dans les deux systèmes.

[104] Notre conclusion est renforcée par des considérations d’ordre pratique, dont certaines ont été examinées dans l’arrêt *R. c. Ryan*, 2018 CM 2033. Imposer une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » irait à l’encontre de l’objectif de répondre rapidement aux inconduites dans les forces armées et, par le fait même, de favoriser la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. Comme nous l’avons indiqué, l’une des conséquences de l’imposition d’une exigence accrue de « lien de connexité avec le service militaire » serait l’acheminement vers le système civil de justice pénale des infractions civiles graves commises par des personnes assujetties au CDM. Cependant, l’organisation d’un procès avec jury dans le système civil de justice pénale, particulièrement dans les régions du pays où les tribunaux sont déjà aux prises avec un arriéré de cas à traiter, est susceptible d’entraîner des retards, lesquels ne se produiraient pas si l’affaire était traitée dans le système de justice militaire. Il est donc possible que les objectifs de maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes ne soient pas atteints de manière suffisante. Cela peut également envoyer le message que le système de justice militaire est incapable de traiter les inconduites des personnes assujetties au CDM. Les conséquences sur le moral des troupes pourraient être graves.

[105] Pour ce qui est du « critère du lien de connexité avec le service militaire » proposé par nos collègues les juges Karakatsanis et Rowe, l’approche qu’ils adoptent nous trouble pour plusieurs raisons. Premièrement, ils encouragent les tribunaux militaires saisis d’une contestation de compétence à se poser la question suivante : « Le membre des forces armées a-t-il commis une infraction dans des circonstances qui sont à ce point liées au service militaire qu’elle est susceptible d’influencer directement sur la discipline, l’efficacité et le moral des troupes? » (par. 177 (nous soulignons)). La distinction fondée

conduct, even when committed in circumstances that are not directly related to military duties, may have an impact on the standard of discipline, efficiency and morale” (para. 52). Accordingly, relying on the concept of “directness” is unhelpful and inconsistent with *Moriarity*.

[106] Secondly, our colleagues suggest that where an offence was committed “in the course of military duty, on military property, or using military property . . . it can generally be inferred that there will be a direct effect on military discipline, efficiency and morale” (para. 178 (emphasis added)). Yet our colleagues fail to explain when, if ever, a service tribunal might decline to draw this “general” inference. Similarly, our colleagues state that “[w]hen an offence is committed in a theatre of war, it is presumed that the circumstances will meet the military connection test” (para. 179 (emphasis added)). It is unclear when, if ever, this “presumption” might be rebutted.

[107] Thirdly, our colleagues maintain that “[t]he fact that an offence was committed by a service member, on its own, is unlikely to be sufficient to ground a military connection on the basis that its mere commission undermines discipline” (para. 178). Respectfully, their position is incompatible with *Moriarity*, which adopted a broad understanding of the connection between criminal conduct by service members and discipline within the military. The Court endorsed the notion that discipline in the military requires “an instilled pattern of obedience . . . and respect for and compliance with lawful authority”, emphasizing that “the behaviour of members of the military relates to discipline, efficiency and morale even when they are not on duty, in uniform, or on a military base” (para. 54). These statements make clear that military discipline suffers when service members engage in criminal conduct, even in a civilian setting, and therefore our colleagues’ narrow understanding of

sur le caractère direct ou indirect a toutefois été expressément rejetée dans *Moriarity*. Comme nous l’avons souligné, il a été précisé dans cet arrêt que « [m]ême commis dans des circonstances non directement liées à des fonctions militaires, un comportement criminel ou frauduleux peut avoir une incidence sur les normes applicables au titre de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes » (par. 52). En conséquence, le fait de se fonder sur le concept du « caractère direct » n’est d’aucune utilité et est incompatible avec l’arrêt *Moriarity*.

[106] Deuxièmement, nos collègues suggèrent que, lorsqu’une infraction a été commise « dans l’exécution de[s] fonctions [d’un militaire], sur une propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire[.] [. . .] on peut généralement en inférer qu’elle influera directement sur la discipline, l’efficacité et le moral des troupes » (par. 178 (nous soulignons)). Cependant, ils n’expliquent pas à quel moment, le cas échéant, un tribunal militaire peut refuser de tirer cette inférence « générale ». De même, ils affirment que « [l]orsqu’une infraction est commise en théâtre de guerre, on présume que les circonstances respecteront le critère du lien de connexité avec le service militaire » (par. 179 (nous soulignons)). Il est difficile de dire à quel moment, le cas échéant, cette « présomption » peut être réfutée.

[107] Troisièmement, nos collègues soutiennent qu’« [à] lui seul, le fait que l’infraction ait été commise par un membre des forces armées ne serait probablement pas suffisant pour justifier l’existence d’un lien avec le service militaire au motif que la simple perpétration de cette infraction mine la discipline » (par. 178). Soit dit en tout respect, leur position est incompatible avec l’arrêt *Moriarity*, dans lequel une interprétation large du lien entre la conduite criminelle de militaires et la discipline au sein de l’armée a été adoptée. La Cour a confirmé l’idée que la discipline dans l’armée requiert « une attitude inculquée d’obéissance, [. . .] de respect de l’autorité légitime et de subordination à celle-ci », et a souligné que « le comportement des militaires touche à la discipline, à l’efficacité et au moral, même lorsque ces derniers ne sont pas de service, en uniforme ou dans une base militaire » (par. 54). Ces déclarations indiquent clairement qu’il y a

the circumstances in which a “military connection” is present cannot be sustained.

[108] Fourthly, we question our colleagues’ proposed remedy, which is to read the following language into s. 130(1)(a) where an accused is charged with an offence carrying a maximum punishment of at least five years’ imprisonment: “An act or omission committed by a service member that is military in nature or is committed in circumstances directly connected to the military . . .” (para. 193). Respectfully, this extensive rewrite of s. 130(1)(a) exceeds the proper role of the courts.

[109] In sum, we see no basis for resurrecting the “military nexus” doctrine. And, in any event, this Court has spoken: *Moriarity* identified the “military nexus” required to ground a rational connection to discipline, efficiency, and morale in the military — the accused’s military status. Nothing more is needed. We turn, therefore, to our own conclusion on the ultimate question before the Court: whether a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) qualifies as “an offence under military law”, thereby engaging the military exception in s. 11(f) of the *Charter*.

- (4) “An Offence Under Military Law” Is One That Is Validly Enacted Under Section 91(7) of the *Constitution Act, 1867*

[110] In our view, the text “an offence under military law” in s. 11(f) refers to an offence that is validly enacted pursuant to Parliament’s power over the “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. This interpretation aligns with the analysis of

atteinte à la discipline militaire lorsque des militaires adoptent un comportement criminel, même dans un contexte civil, de sorte que l’interprétation étroite que proposent nos collègues des circonstances dans lesquelles il existe un « lien de connexité avec le service militaire » ne peut être retenue.

[108] Quatrièmement, nous mettons en doute la réparation que proposent nos collègues, laquelle consiste à inclure, par voie d’interprétation extensive, les termes suivants à l’al. 130(1)a dans le cas où un militaire est accusé d’une infraction punissable d’une peine maximale d’au moins cinq ans d’emprisonnement : « tout acte ou omission commis par un militaire qui est de nature militaire ou qui est commis dans des circonstances directement liées au service militaire . . . » (par. 193). Soit dit en tout respect, cette réécriture importante de l’al. 130(1)a outrepassé le rôle que doivent jouer les tribunaux.

[109] En somme, nous ne voyons aucune raison de faire renaître la doctrine du « lien de connexité avec le service militaire ». Et, de toute façon, la Cour s’est prononcée : dans l’arrêt *Moriarity*, elle a établi le « lien de connexité avec le service militaire » qui est nécessaire pour établir un lien rationnel avec la discipline, l’efficacité et le moral des troupes, à savoir le statut de militaire de l’accusé. Rien de plus n’est requis. Nous passons donc à notre propre conclusion quant à la question ultime à laquelle doit répondre la Cour, soit celle de savoir si une infraction civile grave jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a peut être considérée comme une « *offence under military law* » et entraîner par le fait même l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11(f) de la *Charte*.

- (4) Une « *offence under military law* » est une infraction validement adoptée en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*

[110] À notre avis, l’expression « *offence under military law* » à l’al. 11(f) renvoie à une infraction validement adoptée conformément au pouvoir que le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement sur « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». Cette

Strayer C.J. in *R. v. Reddick* (1996), 112 C.C.C. (3d) 491 (C.M.A.C.):

As to the application of the exemption for military tribunals from the *Charter* requirements of trial by jury, this really involves statutory interpretation or division of powers issues as to whether the offence in question is truly “an offence under military law” in the words of paragraph 11(f) of the *Charter*. Is the offence in question in its essence a “military offence” validly prescribed by Parliament under head 91(7) of the *Constitution Act, 1867*? If so, then the exception in the *Charter* applies. . . . [p. 505]

[111] The accused persons and the majority in *Stillman* raised concerns over the notion that Parliament might have a hand in shaping what constitutes “an offence under military law” — and, consequently, influence the application of the military exception in s. 11(f) — through the exercise of its legislative authority under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. But we do not share this concern. It is of course well within Parliament’s constitutional authority under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, to define what is and is not a *criminal* offence in Canada. Its authority to define what is and is not a *military* offence under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* is no different in principle. That is not to say that Parliament has *carte blanche*. In our constitutional democracy, courts — not the legislatures — are the arbiters of whether a given enactment falls within a particular head of power set out in the *Constitution Act, 1867*, and they may invalidate legislation that falls outside Parliament’s legislative competence. Further, how Parliament exercises its legislative authority is confined by the *Charter* itself, and is judicially reviewable as such. For example, a service offence may be challenged as being overbroad under s. 7 of the *Charter*, just as s. 130(1)(a) was in *Moriarity*. There are, then, meaningful limits on Parliament’s authority to decide what is “an offence under military law”. But since this Court has already established that s. 130(1)(a) *does* fall within Parliament’s legislative competence under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, and is not overbroad under s. 7 of the *Charter*, this provision validly creates “an offence

interprétation est compatible avec l’analyse du juge en chef Strayer dans l’arrêt *R. c. Reddick*, [1996] A.C.A.C. n° 9 (QL) (C.A.C.M.) :

Quant à l’application de l’exemption des tribunaux militaires des dispositions impératives de la *Charte* en matière de procès par jury, cette question suppose de fait une interprétation législative ou des questions de partage de pouvoirs quant à la question de savoir si l’infraction en question constitue réellement une « infraction relevant de la justice militaire » au sens de l’alinéa 11f) de la *Charte*. L’infraction en question constitue-t-elle essentiellement une « infraction militaire » validement prévue par le Parlement en vertu du paragraphe 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*? Dans l’affirmative, l’exception prévue à la *Charte* s’applique. . . . [par. 25]

[111] Les accusés et les juges majoritaires dans l’arrêt *Stillman* ont soulevé des préoccupations concernant l’idée selon laquelle le Parlement pourrait, dans l’exercice du pouvoir législatif que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, jouer un rôle dans la définition d’une « *offence under military law* » et, par conséquent, influencer sur l’application de l’exception militaire prévue à l’al. 11f). Nous ne partageons cependant pas cette préoccupation. Il est bien sûr dans les limites du pouvoir constitutionnel conféré au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de définir ce qui constitue et ce qui ne constitue pas une infraction *criminelle* au Canada. Le pouvoir de définir ce qui constitue et ce qui ne constitue pas une infraction *militaire* que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* n’est pas différent en principe. Cela ne veut pas dire que le Parlement a carte blanche. Dans notre démocratie constitutionnelle, c’est aux tribunaux — et non au législateur — qu’il appartient de décider si une loi donnée relève d’un chef de compétence particulier énoncé dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ils peuvent invalider une loi qui ne relève pas de la compétence législative du Parlement. De plus, la façon dont le Parlement exerce son pouvoir législatif est limitée par la *Charte* elle-même et peut donc faire l’objet d’un contrôle judiciaire. Par exemple, une infraction d’ordre militaire peut être contestée au motif qu’elle a une portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*, tout comme l’al. 130(1)a) l’a été dans l’arrêt *Moriarity*. Il existe donc des limites importantes au pouvoir du Parlement de décider ce qui constitue une

under military law” for the purposes of s. 11(f) of the *Charter*.

[112] To be clear, we reject our colleagues’ characterization of our approach as permitting Parliament to “define the scope of [a] *Charter* right” through ordinary legislation (para. 121). That is not our suggestion. Rather, our approach simply recognizes that the content of certain pre-existing concepts enshrined in the *Charter* — in this case, “an offence under military law” — can be shaped by Parliament through the proper exercise of its constitutional authority. While this may incidentally influence other *Charter* concepts such as the military exception under s. 11(f), it does not permit Parliament to define a *Charter* right or exception through ordinary legislation.

[113] Our conclusion can be stated succinctly. Our jurisprudence establishes that Parliament has validly enacted s. 130(1)(a) of the *NDA* under the authority granted by s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* (see *MacKay*, at p. 397). It also establishes that s. 130(1)(a) is not overbroad under s. 7 of the *Charter*, even absent a “military nexus” going beyond the accused’s military status (see *Moriarity*). It follows, therefore, that a serious civil offence tried as a service offence under s. 130(1)(a) — whether or not there is a heightened “military nexus” — qualifies as “an offence under military law” for the purposes of s. 11(f) of the *Charter*. Accordingly, where such an offence is tried before a military tribunal — as was the case for each of the accused persons in this instance — the military exception in s. 11(f) of the *Charter* is engaged. It follows that s. 130(1)(a) of the *NDA* is not inconsistent with s. 11(f) of the *Charter*, as it does not deprive a person who is lawfully entitled to a trial by jury of that right.

« *offence under military law* ». Toutefois, comme la Cour a déjà établi que l’al. 130(1)a) relève du pouvoir législatif du Parlement en vertu du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et qu’il n’a pas de portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*, cette disposition crée valablement une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f) de la *Charte*.

[112] En termes clairs, nous rejetons la façon dont nos collègues qualifient notre approche, laquelle permettrait au Parlement de « définir [. . .] la portée d[’un] droit » garanti par la *Charte* au moyen d’une loi ordinaire (par. 121). Ce n’est pas ce que nous suggérons. Notre approche consiste plutôt à simplement reconnaître que le contenu de certains concepts préexistants consacrés par la *Charte* — en l’espèce, une « *offence under military law* » — peut être déterminé par le Parlement dans l’exercice approprié de son pouvoir constitutionnel. Bien que ce fait puisse accessoirement influencer sur d’autres concepts visés par la *Charte* comme l’exception militaire prévue à l’al. 11f), il ne permet pas au Parlement de définir un droit ou une exception prévus par la *Charte* au moyen d’une loi ordinaire.

[113] Notre conclusion peut être énoncée de façon succincte. La jurisprudence de notre Cour établit que le Parlement a validement édicté l’al. 130(1)a) de la *LDN* en vertu du pouvoir que lui confère le par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* (voir *MacKay*, p. 397). Elle établit également que cet alinéa n’a pas de portée excessive au regard de l’art. 7 de la *Charte*, même en l’absence d’un « lien de connexité avec le service militaire » allant au-delà du statut de militaire de l’accusé (voir *Moriarity*). Il s’ensuit donc qu’une infraction civile grave qui est jugée comme une infraction d’ordre militaire suivant l’al. 130(1)a) — qu’il existe ou non un « lien de connexité [accru] avec le service militaire » — peut être considérée comme une « *offence under military law* » pour l’application de l’al. 11f) de la *Charte*. Par conséquent, lorsqu’une telle infraction est jugée devant un tribunal militaire — comme cela a été le cas pour chacun des accusés en l’espèce —, l’exception militaire prévue à l’al. 11f) de la *Charte* s’applique. L’alinéa 130(1)a) de la *LDN* n’est donc pas incompatible avec l’al. 11f) de la *Charte*, car il ne prive personne de son droit légitime à un procès avec jury.

VI. Conclusion

[114] We would dismiss the appeals in *Stillman* and allow the appeal in *Beaudry*. The order of the CMAC in *Beaudry* declaring s. 130(1)(a) of the *NDA* to be of no force or effect in its application to any serious civil offence is set aside, and the conviction is restored. As requested, the parties will bear their own costs.

The following are the reasons delivered by

KARAKATSANIS AND ROWE JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[115] Section 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees every accused charged with an offence punishable by five years of imprisonment (or a more severe punishment) the fundamental and historic right to a jury trial. It carves out an exception to this right in “the case of an offence under military law tried before a military tribunal” (in French, “*sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire*”).

[116] The scope of the military exception is at issue in these appeals. Specifically, we have been asked whether s. 130(1)(a) of the *National Defence Act*, R.S.C. 1985, c. N-5, violates s. 11(f) of the *Charter*. To answer this question, we must determine whether s. 130(1)(a) creates “an offence under military law tried before a military tribunal”. Section 130(1)(a) incorporates almost every civilian criminal offence into military jurisdiction. In effect, s. 130(1)(a) can take the trial of such offences outside the civilian courts, where an accused would be entitled to trial by jury.

[117] This Court has addressed the constitutionality of this provision by reference to s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, and s. 11(d) of the *Charter* (Majority Reasons, at para. 4; see, in particular *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259). Most recently, in *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, this

VI. Conclusion

[114] Nous sommes d’avis de rejeter les pourvois dans *Stillman* et d’accueillir celui dans *Beaudry*. L’ordonnance rendue par la CACM dans *Beaudry*, déclarant que l’al. 130(1)a de la *LDN* est inopérant dans son application à toute infraction civile grave, est annulée, et la déclaration de culpabilité est rétablie. À leur demande, les parties assumeront leurs propres dépens.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES KARAKATSANIS ET ROWE (dissidents) —

I. Introduction

[115] L’alinéa 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à tout inculpé accusé d’une infraction punissable d’un emprisonnement de cinq ans ou d’une peine plus grave le droit fondamental et historique à un procès avec jury. Il prévoit une exception dans le cas où « il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire » (aux termes de la version anglaise, « *in the case of an offence under military law tried before a military tribunal* »).

[116] La portée de cette exception est en cause dans les présents pourvois. Plus particulièrement, nous sommes appelés à décider si l’al. 130(1)a de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, c. N-5, viole l’al. 11f) de la *Charte*. Pour répondre à cette question, nous devons établir si l’al. 130(1)a crée « une infraction relevant de la justice militaire ». L’alinéa 130(1)a incorpore à la compétence des tribunaux militaires pratiquement toutes les infractions criminelles civiles. De fait, l’al. 130(1)a peut faire en sorte qu’un procès pour de telles infractions n’ait pas lieu devant les tribunaux civils, devant lesquels l’accusé aurait le droit à un procès avec jury.

[117] La Cour s’est penchée sur la constitutionnalité de cette disposition au regard du par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de l’al. 11d) de la *Charte* (motifs des juges majoritaires, par. 4; voir plus particulièrement *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370 et *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259). Plus récemment, dans *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015]

Court held that s. 130(1)(a) of the *NDA* did not infringe s. 7 of the *Charter* on the basis of overbreadth, as the Court found there was a rational connection between the effect of s. 130(1)(a) and its objective of maintaining military discipline, efficiency and morale, without the need to demonstrate a direct link between the offence and the military.

[118] Our colleagues state that as long as s. 130(1)(a) is within the federal government's legislative competence and not overbroad under s. 7 of the *Charter*, the offences incorporated by s. 130(1)(a) need not be committed in circumstances directly connected to the military for s. 130(1)(a) to be constitutional. In our view, finding a provision is constitutional in certain respects — either with regard to whether it was validly enacted or to whether that enactment infringes a certain *Charter* right — does not answer whether it is constitutional in every respect. To this end, the Court in *Moriarity* specifically stated that its decision did not address s. 11(f) (para. 30).

[119] The question now before this Court is whether s. 130(1)(a) of the *NDA* infringes s. 11(f) of the *Charter*. The majority concludes that s. 130(1)(a) does not infringe s. 11(f), as s. 130(1)(a) falls within the exception in s. 11(f). We disagree. In our view, s. 130(1)(a) only falls within the scope of the exception to the extent that there is a direct connection between the circumstances of the offence and the military.

[120] We part company with the majority in three fundamental respects. First, while the majority sets out a purposive approach to the *Charter* right and exception, they do not give sufficient effect to either the individual or societal interest in the right to a jury trial. We cannot agree that a trial before a military panel “largely mirrors the civilian justice system” when the broader society does not participate in trial by military panel (Majority Reasons, at para. 53). Nor do we think that the *Charter* right to a jury

3 R.C.S. 485, la Cour a statué que l'al. 130(1)a de la *LDN* ne contrevient pas à l'art. 7 de la *Charte* pour cause de portée excessive, car selon la Cour, il y a un lien rationnel entre l'effet de l'al. 130(1)a et son objectif consistant à assurer la discipline, l'efficacité et le moral des troupes, sans qu'il soit nécessaire de démontrer l'existence d'un lien direct entre l'infraction et le service militaire.

[118] Nos collègues affirment que tant que l'al. 130(1)a respecte la compétence législative fédérale et qu'il n'a pas une portée excessive au regard de l'art. 7 de la *Charte*, il n'est pas nécessaire que les infractions incorporées par l'al. 130(1)a soient commises dans des circonstances directement liées au service militaire pour que l'al. 130(1)a soit constitutionnel. À notre avis, juger qu'une disposition est constitutionnelle à certains égards — que ce soit quant à la question de savoir si elle a été validement adoptée ou si elle contrevient à un droit garanti par la *Charte* — ne répond pas à la question de savoir si elle est constitutionnelle à tous les égards. À cette fin, la Cour dans *Moriarity* a expressément indiqué que sa décision ne portait pas sur l'al. 11(f) (par. 30).

[119] La question que notre Cour doit maintenant trancher est celle de savoir si l'al. 130(1)a de la *LDN* contrevient à l'al. 11(f) de la *Charte*. Les juges majoritaires concluent que l'al. 130(1)a ne contrevient pas à l'al. 11(f), car l'al. 130(1)a entre dans le champ d'application de l'exception prévue à l'al. 11(f). Nous ne sommes pas de cet avis. Selon nous, l'alinéa 130(1)a n'entre dans le champ d'application de l'exception que dans la mesure où il y a un lien direct entre les circonstances de l'infraction et le service militaire.

[120] Notre désaccord avec les juges majoritaires porte sur trois aspects fondamentaux. Premièrement, bien que les juges majoritaires proposent une approche téléologique à l'égard du droit et de l'exception prévus par la *Charte*, ils ne tiennent pas suffisamment compte de l'intérêt des individus ou de la société à l'égard du droit à un procès avec jury. Nous ne pouvons accepter qu'un procès devant un comité militaire « s'apparent[e] beaucoup au système de justice civil » alors que la société en général ne participe pas à un tel

trial should be denied for service members charged with offences that have no direct connection to the military.

[121] Second, it is the role of the courts to interpret the words expressing the military exception in s. 11(f) to define the range of offences that Parliament can exclude from the right to a trial by jury. The majority says that as long as Parliament is acting under its constitutional authority in relation to military law, and has not enacted an overbroad law, it can define what constitutes “an offence under military law” and consequently the scope of the military exception in s. 11(f) (Majority Reasons, at para. 110). Though a legislative provision can be helpful in an inquiry into the meaning of a *Charter* right, it does not define the scope of the *Charter* right. Overbreadth and legislative competence are not the only guides to defining the meaning of s. 11(f) — the right contained in that section must be considered.

[122] Third, military court jurisdiction has historically been subject to important limits. Initially, the types of offences that could be tried by military courts were limited to offences that were specific to the military, such as desertion, mutiny and sedition. As the jurisdiction of military courts expanded to include civilian offences, civilian courts maintained primary jurisdiction where offences were triable in either court (as acknowledged in s. 71 of the *NDA*). Over the past four decades, the development of a military connection test in Canada has limited military court jurisdiction to offences that are military in nature or take place in military circumstances.

[123] We join the majority in rejecting the position put forward by the accused persons that the only offences under military law considered for the purposes of s. 11(f) of the *Charter* are those military offences enumerated in ss. 73 to 129 of the *NDA*.

procès (motifs des juges majoritaires, par. 53). Nous ne croyons pas non plus que les militaires accusés d’infractions n’ayant aucun lien direct avec le service militaire devraient être privés du droit à un procès avec jury garanti par la *Charte*.

[121] Deuxièmement, il incombe aux tribunaux d’interpréter les mots exprimant l’exception militaire à l’al. 11f) afin d’établir l’éventail des infractions que le Parlement peut exclure du droit à un procès avec jury. Les juges majoritaires affirment que tant que le Parlement agit conformément à son pouvoir constitutionnel relativement au droit militaire, et qu’il n’a pas édicté une loi ayant une portée excessive, il peut définir ce qui constitue une « *offence under military law* » (infraction au droit militaire) et, par conséquent, la portée de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) (motifs des juges majoritaires, par. 110). Bien qu’une disposition législative puisse être utile pour établir le sens d’un droit garanti par la *Charte*, elle ne définit pas la portée de ce droit. La portée excessive et la compétence législative ne sont pas les seuls éléments qui servent de guides pour établir le sens de l’al. 11f) — le droit que prévoit cette disposition doit être pris en compte.

[122] Troisièmement, la compétence des tribunaux militaires a longtemps été assujettie à d’importantes limites. Au départ, le type d’infractions qui pouvaient faire l’objet d’un procès devant les tribunaux militaires se limitaient aux infractions propres au service militaire, comme la désertion, la mutinerie et la sédition. Lorsque la compétence des tribunaux militaires s’est élargie pour comprendre les infractions civiles, les tribunaux civils sont demeurés la juridiction principale dans le cas où les infractions peuvent être jugées devant l’un ou l’autre des tribunaux (comme le reconnaît l’art. 71 de la *LDN*). Au cours des quatre dernières décennies, l’élaboration du critère du lien de connexité avec le service militaire au Canada a restreint la compétence des tribunaux militaires aux infractions qui sont de nature militaire ou qui ont lieu dans un contexte militaire.

[123] Nous sommes d’accord avec les juges majoritaires pour rejeter la position que soutiennent les accusés voulant que les seules infractions au droit militaire au sens de l’al. 11f) de la *Charte* soient les infractions militaires énumérées aux art. 73 à 129 de la *LDN*.

[124] However, we conclude, based on the nature and purpose, language, and history of the jury trial right and its exception, that s. 130(1)(a) of the *NDA* does not comply with s. 11(f) of the *Charter* to the extent that it denies service members the right to a jury trial for serious offences that do not have a military connection. Because striking down the legislative provision (as the accused persons request) would limit the trial of offences by military courts more than the *Charter* exception demands, we would read in a military connection requirement to s. 130(1)(a) to respect s. 11(f) of the *Charter*.

II. The Right to a Jury Trial and Its Exception

[125] Section 11(f) reads: “Any person charged with an offence has the right . . . except in the case of an offence under military law tried before a military tribunal, to the benefit of trial by jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or a more severe punishment”. This *Charter* provision guarantees the fundamental right to a jury trial. It protects the interests of the accused in being tried by a jury, and the interests of society in participating in the prosecution of serious criminal offences (*R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Lee*, [1989] 2 S.C.R. 1384).

[126] The meaning of a *Charter* right is to be understood by analyzing the purpose of the guarantee and the interests it is meant to protect. The purpose of the right is ascertained by reference to the character and larger objectives of the *Charter*, the language of the right, the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, the meaning and purpose of the other specific rights with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be generous and aimed at fulfilling the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter* protection without “overshoot[ing]” the purpose of the right (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145).

[124] Cependant, nous concluons, en fonction de la nature, de l’objet, du libellé et de l’historique du droit à un procès avec jury, ainsi que de l’exception dont est assorti ce droit, que l’al. 130(1)a) de la *LDN* n’est pas conforme à l’al. 11f) de la *Charte* dans la mesure où il prive les militaires du droit à un procès avec jury pour des infractions graves qui n’ont pas de lien de connexité avec le service militaire. Étant donné que l’invalidation de la disposition législative (comme le demandent les accusés) limiterait les infractions pouvant faire l’objet d’un procès devant les tribunaux militaires plus que ne l’exige l’exception prévue dans la *Charte*, nous inclurons à l’al. 130(1)a), par voie d’interprétation extensive, une exigence selon laquelle l’infraction doit avoir un lien de connexité avec le service militaire pour que celui-ci soit conforme à l’al. 11f) de la *Charte*.

II. Le droit à un procès avec jury et son exception

[125] L’alinéa 11f) dispose que tout inculpé a le droit « sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire, de bénéficier d’un procès avec jury lorsque la peine maximale prévue pour l’infraction dont il est accusé est un emprisonnement de cinq ans ou une peine plus grave ». Cette disposition de la *Charte* garantit le droit fondamental à un procès avec jury. Elle protège l’intérêt de l’accusé à être jugé par un jury, et l’intérêt de la société à participer aux poursuites relatives aux infractions criminelles graves (*R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Lee*, [1989] 2 R.C.S. 1384).

[126] Il faut comprendre le sens d’un droit garanti par la *Charte* en fonction de l’analyse de l’objet de la garantie et des intérêts que le droit vise à protéger. L’objet du droit est établi à la lumière de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte*, du libellé de la disposition prévoyant le droit, des origines historiques des concepts enchâssés et, s’il y a lieu, du sens et de l’objet des autres droits particuliers qui s’y rattachent selon le texte de la *Charte*. L’interprétation doit être libérale et viser à réaliser l’objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* sans « aller au-delà » de l’objet du droit (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145).

[127] Exceptions “should not be construed more widely than is necessary to fulfil the values which support [them]” (*Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1207, per La Forest J.). R. Sullivan has expanded on this point: “In keeping with the current emphasis on purposive analysis, modern courts are particularly concerned that exceptions and exemptions be interpreted in light of their underlying rationale and not be used to undermine the broad purpose of the legislation” (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 506). In order to determine whether an exception is undermining the broad purpose of the right beyond the intended scope of the exception, it is essential to consider the rationales underlying the right and the exception together. It is inappropriate to focus on the purpose of the military exception at the expense of the purpose of the right to a jury trial (Majority Reasons, at paras. 78-80). The proper approach is to interpret the right, along with the exception, in order to give the full benefit of the *Charter* protection without overshooting its purpose.

[128] With regard to the specific question before us, we agree with Professor A. Morel, who describes how this interpretive approach directs the court to read the words of the military exception narrowly:

One must not lose sight of the fact that we are in the presence of an exception to a provision which, in other respects, guarantees any accused the right to the benefit of trial by jury. This provision is itself part of a *Charter* whose first section “guarantees the rights and freedoms set out in it”. It is sufficient to say that the exception must receive a restrictive interpretation and that it is proper to ascribe to the expression “an offence under military law” the strict meaning of these words, which is the result of a secular historical tradition. [Footnote omitted.]

(“Certain Guarantees of Criminal Procedure” in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), 367, at p. 376)

[127] Les exceptions ne devraient pas « s’interpréter d’une façon plus large que ce qui est nécessaire pour assurer le respect des valeurs sur lesquelles elle[s] repose[nt] » (*Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, p. 1207, le juge La Forest). R. Sullivan a développé ce point : [TRADUCTION] « Conformément à l’accent mis de nos jours sur l’analyse téléologique, les tribunaux modernes se soucient particulièrement d’interpréter les exceptions et les exemptions à la lumière de leur raison d’être et d’en écarter toute utilisation qui minerait l’objet général de la Loi » (*Sullivan on the Construction of Statutes* (6^e éd. 2014), p. 506). Afin d’établir si une exception mine l’objectif général du droit d’une façon qui outre-passe la portée voulue de celle-ci, il est essentiel de considérer ensemble la raison d’être du droit et celle de l’exception. Il n’y a pas lieu de mettre l’accent sur l’objectif de l’exception militaire au détriment de l’objectif du droit à un procès avec jury (motifs des juges majoritaires, par. 78-80). L’approche qu’il convient d’adopter consiste à interpréter le droit, ainsi que l’exception, afin que les citoyens bénéficient pleinement de la protection garantie par la *Charte*, sans aller au-delà de son objectif.

[128] En ce qui a trait à la question précise dont nous sommes saisis, nous sommes d’accord avec le professeur A. Morel, qui décrit la façon dont cette approche exige que les tribunaux interprètent d’une manière restrictive les termes de l’exception militaire :

Il ne faut en effet pas perdre de vue qu’on est ici en présence d’une dérogation à une disposition qui, par ailleurs, garantit à tout inculpé un droit, celui de bénéficier d’un procès avec jury. Cette disposition est elle-même partie d’une *Charte* dont l’article premier nous dit qu’elle « garantit les droits et libertés qui y sont énoncés ». C’est assez dire que cette exception doit recevoir une interprétation restrictive et qu’il convient donc de donner à l’expression « an offence under military law » le sens strict que ces mots ont dans la langue juridique et qui est le résultat d’une tradition historique séculaire. [Note en bas de page omise.]

(« Garanties en matière de procédure et de peines » dans W. S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), 459, p. 473)

[129] In our view, the purpose of the military exception in s. 11(f) cannot be divorced from the purpose of the right to a jury trial. In *Turpin*, this Court interpreted the word “benefit” in s. 11(f) in a “broad and generous manner . . . to ensure that those protected receive the full benefit of the protection” (p. 1314). Similarly, we take an interpretive approach that ensures those protected receive the full benefit of the protection, subject to the specific limitation in s. 11(f).

A. *The Nature and Purpose of Section 11(f)*

(1) Section 11(f) in the Context of the Charter

[130] We begin by situating s. 11(f) in the *Charter*. We explain the nature and purpose of s. 11(f), including how s. 11(f) differs from s. 7.

[131] The nature of the protection in s. 11(f) can be discerned by reference to other *Charter* provisions. Sections 7 to 14 of the *Charter* enshrine fundamental legal rights. Section 7 broadly protects the fundamental rights of “[e]veryone” to “life, liberty and security of the person”. Those rights are balanced by the requirement that any deprivation of those rights be “in accordance with the principles of fundamental justice.” Sections 8 to 14 are specific enumerations of legal rights. Section 11 lists nine fundamental rights in paras. (a) to (i) that are granted to “[a]ny person charged with an offence”. The more general purpose of s. 11 is to protect the liberty and security interests of persons accused of crime in the circumstances stated in each paragraph (*R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594, at p. 1609).

[132] As noted by Lamer J. (as he then was), ss. 8 to 14 “address specific deprivations of the ‘right’ to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice, and as such, violations of s. 7” (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 502). These sections draw attention to particular fundamental rights that are to be protected. La Forest J. explained in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, that s. 11 “serves to

[129] À notre avis, l’objet de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) ne peut être dissocié de l’objet du droit à un procès avec jury. Dans *Turpin*, la Cour a interprété le mot « bénéficiaire » figurant à l’al. 11f) « largement et généreusement [...] de manière à ce qu[e ce droit garanti] protég[e] pleinement ceux à qui [il est] destiné » (p. 1314). De la même façon, nous adoptons une interprétation qui fait en sorte que les personnes jouissant de ces protections bénéficient pleinement de la protection garantie, sous réserve de la limite expresse énoncée à l’al. 11f).

A. *La nature et l’objet de l’al. 11f)*

(1) L’alinéa 11f) dans le contexte de la Charte

[130] Situons d’abord l’al. 11f) dans le contexte de la *Charte*. Nous expliquons la nature et l’objet de l’al. 11f), notamment de quelle façon il diffère de l’art. 7.

[131] On peut saisir la nature de la protection prévue à l’al. 11f) à la lumière des autres dispositions de la *Charte*. Les articles 7 à 14 consacrent les garanties juridiques fondamentales. L’article 7 protège de façon générale les droits fondamentaux de « [c]hacun » « à la vie, à la liberté, à la sécurité de sa personne ». Ces droits sont pondérés par l’exigence voulant qu’il ne puisse être porté atteinte à ces droits qu’« en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Les articles 8 à 14 énoncent des garanties juridiques précises. L’article 11 indique neuf droits fondamentaux aux al. a) à i), qui sont garantis à « [t]out inculpé ». L’objet plus général de l’art. 11 est de protéger les droits à la liberté et à la sécurité de la personne accusée d’un crime dans les circonstances énoncées à chaque alinéa (*R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594, p. 1609).

[132] Comme l’a souligné le juge Lamer (plus tard juge en chef), les art. 8 à 14 « visent des atteintes spécifiques au “droit” à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui violent les principes de justice fondamentale et qui, à ce titre, constituent des violations de l’art. 7 » (*Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 502). Ces articles attirent l’attention sur des droits fondamentaux particuliers qui doivent être protégés. Le juge La Forest a

illustrate and, perhaps, amplify” the application of s. 7 (p. 354).

[133] The purpose of s. 11(f) is to protect the right to a jury trial. Section 11(f) is, in effect, an illustration of a fundamental right to life, liberty and security of the person guaranteed in s. 7. Section 11(f) also offers a specific protection that s. 7 does not. In *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843, the Court rejected the argument put forward by the respondent that the scope of the legal rights in ss. 8 to 14 could be no greater than what was protected in s. 7: “Section 7 does not define the scope of the rights contained in the provisions that follow it. . . . In my opinion . . . s. 11(b) can encompass interests in addition to those that have been recognized as falling within s. 7” (p. 854; see also *R. v. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1062). This reasoning demonstrates that legislation found constitutional with respect to s. 7 is not necessarily constitutional under s. 11, or vice versa. These two different constitutional protections do not compel the same result.

[134] Thus, the finding in *Moriarity* that s. 130(1)(a) of the *NDA* did not violate s. 7 for overbreadth does not answer the question of whether the provision violates s. 11(f), in part because of the different protections offered by the two *Charter* provisions. A provision may pass constitutional muster under the overbreadth prong of s. 7, but still violate other legal rights in the *Charter*. In *Moriarity*, the Court did not purport to define “offence under military law tried before a military tribunal”, as s. 11(f) was not at issue. Indeed, the Court in *Moriarity* expressly noted that nothing it said spoke to the scope of the military exception in s. 11(f):

The overbreadth analysis does not evaluate the appropriateness of the objective. Rather, it assumes a legislative objective that is appropriate and lawful. I underline this point here because the question of the scope of Parliament’s authority to legislate in relation to “Militia, Military and Naval Service, and Defence” under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867* and the scope of the exemption of military

expliqué dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, que l’art. 11 « sert simplement à illustrer et peut-être à préciser » l’application de l’art. 7 (p. 354).

[133] L’alinéa 11f) a pour objet de protéger le droit à un procès avec jury. Il est en fait une illustration du droit fondamental à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que garantit l’art. 7. L’alinéa 11f) offre aussi une protection particulière que l’art. 7 n’offre pas. Dans *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843, la Cour a rejeté l’argument avancé par l’intimée selon lequel la portée des droits prévus aux art. 8 à 14 ne pouvait être plus large que celle des garanties que prévoit l’art. 7 : « L’article 7 ne précise pas la portée des droits énoncés dans les dispositions qui le suivent. [...] J’estime donc [...] que l’al. 11b) peut englober d’autres intérêts que ceux qui ont été reconnus comme relevant de l’art. 7 » (p. 854; voir aussi *R. c. Smith (Edward Dewey)*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1062). Ce raisonnement démontre que la disposition déclarée constitutionnelle au regard de l’art. 7 n’est pas nécessairement constitutionnelle au regard de l’art. 11, et vice versa. Ces deux protections constitutionnelles distinctes n’exigent pas d’en arriver au même résultat.

[134] Par conséquent, la conclusion dans *Moriarity* selon laquelle l’al. 130(1)a) de la *LDN* ne viole pas l’art. 7 pour cause de portée excessive ne répond pas à la question de savoir si la disposition viole l’al. 11f), en partie parce que les deux dispositions de la *Charte* garantissent des protections différentes. Une disposition peut résister au contrôle de sa constitutionnalité au regard du volet de la portée excessive de l’art. 7, mais violer quand même d’autres droits garantis par la *Charte*. Dans *Moriarity*, la Cour n’entendait pas définir l’expression « infraction relevant de la justice militaire », car l’al. 11f) n’était pas en cause. Aussi, la Cour dans *Moriarity* a expressément souligné qu’aucune de ses affirmations ne portait sur la portée de l’exception militaire prévue à l’al. 11f) :

L’analyse de la portée excessive ne s’intéresse pas au caractère approprié de l’objectif. Elle suppose plutôt que l’objectif d’une règle de droit est approprié et légitime. J’insiste sur ce point ici parce que la question de l’étendue de la compétence fédérale sur « [l]a milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays » prévue au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867*,

law from the right to a jury trial guaranteed by s. 11(f) of the *Charter* are not before us in these appeals. We are concerned here with articulating the purpose of two challenged provisions in order to assess the rationality of some of their effects. We are not asked to determine the scope of federal legislative power in relation to military justice or to consider other types of *Charter* challenges. We take the legislative objective at face value and as valid and nothing in my reasons should be taken as addressing any of those other matters. [Emphasis added; para. 30.]

[135] With a challenge based on s. 11(f) now squarely before us, we turn to determining the nature and scope of s. 11(f) to address whether s. 130(1)(a) of the *NDA* violates it.

(2) Individual and Community Interests in Jury Trials

[136] Section 11(f) protects both an individual and societal interest in trials by jury. In *Turpin*, this Court described s. 11(f) as granting individuals charged with an offence the right to the benefit of a trial by jury. The Court stated that s. 11(f) is concerned both with protecting the interests of the accused and placing corresponding duties on the state to respect those interests (p. 1310). The Court emphasized that a jury trial serves not only the interests of the accused but also those of society, as the jury plays a role in educating society and “lending the weight of community standards to trial verdicts” (pp. 1309-10). The nineteenth century English judge James Stephen explained the value of the jury trial as follows:

. . . trial by jury interests large numbers of people in the administration of justice and makes them responsible for it. It is difficult to over-estimate the importance of this. It gives a degree of power and of popularity to the administration of justice which could hardly be derived from any other source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, at p. 573, cited at p. 1310 of *Turpin*.)

ainsi que la question de la portée de l'exemption d'application du droit à un procès avec jury garanti à l'al. 11f) de la *Charte* en droit militaire ne se soulèvent pas dans les présents pourvois. En l'espèce, nous devons formuler l'objet des deux dispositions contestées afin de pouvoir apprécier la rationalité de certains de leurs effets. Nous ne sommes pas appelés à déterminer l'étendue du pouvoir du gouvernement fédéral de légiférer à l'égard de la justice militaire, ni à examiner d'autres types de contestations fondées sur la *Charte*. Je considère comme valide l'objectif du législateur, et mes motifs ne traitent d'aucune de ces autres questions. [Nous soulignons; par. 30.]

[135] Nous sommes maintenant directement saisis d'une contestation fondée sur l'al. 11f); nous devons donc déterminer la nature et la portée de cet alinéa afin de trancher la question de savoir si l'al. 130(1)a) de la *LDN* viole l'al. 11f).

(2) Intérêts des individus et de la collectivité dans la tenue de procès avec jury

[136] L'alinéa 11f) protège autant l'intérêt des individus que celui de la société dans la tenue de procès avec jury. Dans *Turpin*, la Cour a décrit l'al. 11f) comme accordant aux personnes accusées d'une infraction le droit de bénéficier d'un procès avec jury. La Cour a statué que l'al. 11f) vise autant à protéger les intérêts de l'accusé qu'à imposer des obligations correspondantes à l'État afin qu'il respecte ces intérêts (p. 1310). La Cour a insisté sur le fait qu'un procès avec jury ne sert pas seulement les intérêts de l'accusé mais aussi ceux de la société, car le jury joue le rôle d'éduquer la société et d'« incorpor[er] les normes de la société aux verdicts des procès » (p. 1309-1310). Le juge anglais du 19^e siècle James Stephen a expliqué la valeur des procès avec jury de la façon suivante :

[TRADUCTION] . . . le procès avec jury intéresse un grand nombre de personnes à l'administration de la justice et leur en fait porter la responsabilité. On ne saurait accorder trop d'importance à cet aspect. Il confère un degré de puissance et de popularité à l'administration de la justice qui pourrait difficilement provenir d'une autre source.

(J. Stephen, *A History of the Criminal Law of England* (1883), vol. I, p. 573, cité aux p. 1309-1310 dans *Turpin*.)

[137] The collective dimension of the right to a jury trial has been important both historically and more recently in Canada. Historically, the local community's interest in adjudicating alleged crimes committed against it and the importance of a public example were considered key parts of the criminal jury trial right. W. Blackstone, in his *Commentaries on the Law of England* (1769), Book IV, stated:

[A]lthough a private citizen may dispense with satisfaction for his private injury, he cannot remove the necessity of public example. The right of punishing belongs not to any one individual in particular, but to the society in general, or the sovereign who represents that society: and a man may renounce his own portion of this right, but he cannot give up that of others. [p. 357]

[138] This collective interest in the jury trial continues to be recognized today. Indeed, a crime is understood to be a wrong against society; hence, it is the state that prosecutes. As noted in *R. v. Sherratt*, [1991] 1 S.C.R. 509, the community has a stake in the prosecution of serious criminal offences:

The jury, through its collective decision making, is an excellent fact finder; due to its representative character, it acts as the conscience of the community; the jury can act as the final bulwark against oppressive laws or their enforcement; it provides a means whereby the public increases its knowledge of the criminal justice system and it increases, through the involvement of the public, societal trust in the system as a whole. [pp. 523-24]

[139] Both the collective and individual aspects of the jury trial right are important, and we must give effect to both aspects of the right. The accused persons in this case seek to exercise the right to the benefit of a jury trial. The community also has an interest in participating in the prosecution of serious offences.

[140] Indeed, it is critical in this analysis to determine how military jurisdiction over offences not

[137] La dimension collective du droit à un procès avec jury a été importante autant historiquement que plus récemment au Canada. Sur le plan historique, l'intérêt de la collectivité locale à juger les crimes qui auraient été commis contre elle et l'importance des peines exemplaires étaient considérés comme des éléments essentiels du droit à un procès criminel avec jury. W. Blackstone, dans son ouvrage intitulé *Commentaries on the Law of England* (1769), Livre IV, a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] [B]ien qu'un citoyen puisse renoncer à demander compensation pour le préjudice qu'il a subi, il ne peut éliminer la nécessité qu'une peine exemplaire soit infligée. Le droit de punir n'appartient pas à une personne en particulier, mais à la société en général, ou au souverain qui représente la société : un homme peut renoncer à sa partie de ce droit, mais il ne peut pas renoncer à celle des autres. [p. 357]

[138] Cet intérêt collectif dans la tenue de procès avec jury est toujours reconnu aujourd'hui. En effet, un crime est considéré comme une faute contre la société; par conséquent, c'est l'État qui intente la poursuite. Comme il a été noté dans *R. c. Sherratt*, [1991] 1 R.C.S. 509, la collectivité a un intérêt à ce que les infractions criminelles graves fassent l'objet de poursuites :

Le jury, en raison du caractère collectif de ses décisions, s'avère un excellent juge des faits. Sa représentativité en fait la conscience de la collectivité. De plus, le jury peut servir de dernier rempart contre les lois oppressives ou leur application. Il constitue un moyen par lequel le public acquiert une meilleure connaissance du système de justice criminelle et, grâce à la participation du public, le jury accroît la confiance de la société dans l'ensemble du système. [p. 523-524]

[139] L'aspect collectif et l'aspect individuel du droit à un procès avec jury sont tous les deux importants, et nous devons donner effet à ces deux aspects du droit. Les personnes accusées en l'espèce cherchent à exercer leur droit de bénéficier d'un procès avec jury. La collectivité a elle aussi un intérêt à participer aux poursuites relatives à des infractions graves.

[140] D'ailleurs, il est essentiel dans la présente analyse d'établir quelle est l'incidence sur la société

sufficiently related to the military impacts society. Trying an offence in the military justice system deprives the community of the chance to participate in the prosecution of serious criminal offences. While appropriate in some cases, serious offences should generally go before a jury composed of, “as far as is possible and appropriate in the circumstances, the larger community” (*Sherratt*, at p. 525). Determining whether it is “possible and appropriate in the circumstances” to have a jury trial composed of the larger community requires this court to interpret the words in the s. 11(f) exception. What, then, is an “offence under military law before a military tribunal” that defines the boundaries of the exception to the right to a jury trial?

(3) Conclusion Regarding the Nature and Purpose of Section 11(f)

[141] Section 11(f) encompasses the interests of the accused and of society in holding a jury trial when prosecuting serious criminal offences. To give effect to this purpose, while respecting the limit imposed by the military exception, we next turn to interpreting the proper scope of the exception.

B. *Scope of the Exception Based on the Language of Section 11(f) and the Role of the Courts*

[142] The exception to the *Charter* right to a jury trial is described in the following terms: “except in the case of an offence under military law before a military tribunal”. The French version reads: “*sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire*”.

[143] As the English version of the provision makes clear, the exception is defined by two aspects: the offence must be (1) an offence under military law, and (2) tried before a military tribunal. As Morel states, “[b]y referring instead to ‘an offence *under military law* tried before a military tribunal’, the text adds a

du fait que des infractions n’ayant aucun lien suffisant avec le service militaire relèvent de la compétence des tribunaux militaires. Le fait qu’une infraction soit jugée par le système de justice militaire enlève à la collectivité la chance de participer aux poursuites relatives à des infractions criminelles graves. Bien qu’il puisse être approprié dans certains cas de procéder de cette façon, les infractions graves devraient généralement faire l’objet d’un procès devant un jury composé « dans la mesure où cela est possible et indiqué dans les circonstances, [de] l’ensemble de la collectivité » (*Sherratt*, p. 525). Décider s’il est « possible et indiqué dans les circonstances » que le jury soit composé de l’ensemble de la collectivité exige que notre Cour interprète les mots formant l’exception de l’al. 11f). En quoi consiste donc une « infraction relevant de la justice militaire » qui définit les limites de l’exception au droit à un procès avec jury?

(3) Conclusion concernant la nature et l’objet de l’al. 11f)

[141] L’article 11f) englobe les intérêts de l’accusé et ceux de la société dans la tenue d’un procès avec jury dans le cadre de poursuites relatives à des infractions criminelles graves. Pour donner effet à cet objet, tout en respectant la limite qu’impose l’exception militaire, nous procédons maintenant à l’interprétation de la portée que doit avoir cette exception.

B. *Portée de l’exception fondée sur le libellé de l’al. 11f) et le rôle des tribunaux*

[142] L’exception au droit à un procès avec jury que garantit la *Charte* est formulée de la façon suivante en français : « sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire ». La version anglaise est rédigée ainsi : « *except in the case of an offence under military law before a military tribunal* ».

[143] Comme l’indique clairement la version anglaise de la disposition, l’exception comporte deux aspects : l’infraction en cause doit être (1) une « *offence under military law* » (infraction au droit militaire), (2) « *tried before a military tribunal* » (jugée devant un tribunal militaire). Comme l’affirme le

qualification which could be construed as restrictive” (p. 375 (emphasis in original)). In our view, the term “offence under military law” must be interpreted to determine the circumstances in which the exception applies.

[144] The French wording of the exception (“*sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire*”) can be read harmoniously with the English version. Read in light of the English version, the French version encompasses both the forum (“military tribunal”) and the substantive law (“military law”). In other words, “*justice militaire*” can be read as a composite of both “military law” and “military tribunal”.

[145] The Crown argues that “offence under military law” is defined by Parliament, and that the limits on military jurisdiction are best understood as a “triangle”—that is, military jurisdiction is bounded by (1) overbreadth under s. 7 of the *Charter* and (2) Parliament’s legislative competence under s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*, to legislate in relation to “Militia, Military and Naval Service, and Defence”. We fail to see how meeting these two constitutional requirements means that the legislation is constitutional in all respects. Legislative competence and overbreadth are not the only limits on Parliament’s power. The “triangle” is simply faulty reasoning.

[146] First, there are ways in which s. 130(1)(a) could be unconstitutional apart from overbreadth under s. 7. Section 130(1)(a) could infringe s. 7 in another way, such as if the effects of the provision were grossly disproportionate to its goals. Further, the provision could be unconstitutional under another *Charter* provision.

[147] Second, Parliament’s legislative competence to enact under a certain head of power does not preclude

professeur Morel, « [e]n parlant plutôt de : “an offence *under military law* tried before a military tribunal”, le texte ajoute à l’infraction une qualification qui invite à se demander si elle est restrictive » (p. 471 (en italique dans l’original)). À notre avis, nous devons interpréter l’expression « *offence under military law* » pour établir les circonstances dans lesquelles l’exception s’applique.

[144] Il est possible d’interpréter harmonieusement le libellé français de l’exception (« sauf s’il s’agit d’une infraction relevant de la justice militaire ») et son libellé anglais. Lue en regard de la version anglaise, la version française englobe à la fois la notion de forum (« *military tribunal* ») et la notion de droit substantiel (« *military law* »). Autrement dit, l’expression « justice militaire » peut être considérée comme étant constituée de ces deux éléments, « *military law* » et « *military tribunal* ».

[145] La Couronne soutient que le Parlement a défini l’expression « *offence under military law* », et que les limites de la compétence militaire doivent être vues comme un « triangle » — c’est-à-dire que la compétence militaire est circonscrite par (1) la portée excessive sur la base de l’art. 7 de la *Charte* et (2) la compétence législative fédérale prévue au par. 91(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur « la milice, le service militaire et le service naval, et la défense du pays ». Nous ne voyons pas en quoi le respect de ces deux exigences constitutionnelles fait en sorte que la loi est constitutionnelle à tous les égards. La compétence législative et la portée excessive ne sont pas les seules limites au pouvoir du Parlement. Le « triangle » démontre tout simplement un raisonnement erroné.

[146] Premièrement, l’al. 130(1)a pourrait être inconstitutionnel autrement qu’en ayant une portée excessive sur la base de l’art. 7. Il pourrait contrevenir à l’art. 7 d’une autre façon; par exemple, les effets de la disposition pourraient être totalement disproportionnés par rapport à ses objectifs. De plus, la disposition peut être inconstitutionnelle au regard d’autres dispositions de la *Charte*.

[147] Deuxièmement, le pouvoir du Parlement de légiférer dans un domaine qui relève d’un chef de

those enactments from review by courts for *Charter* compliance. The division of powers in the *Constitution Act, 1867*, gives the federal and provincial legislatures authority to enact laws under the different heads of power. The *Constitution Act, 1982*, including the *Charter*, limits the exercise of authority conferred under the *Constitution Act, 1867*. Thus, while Parliament may have authority to enact legislation under any given head of power, it does not follow that this authority immunizes its legislative enactments from *Charter* review (see, by analogy to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 102-3 and 142-43). Jurisdictional competence does not imply *Charter* compliance. As this Court stated in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 82: “There is no conflict between saying a federal law is validly adopted under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and asserting that the same law, in purpose or effect, deprives individuals of rights guaranteed by the *Charter*”.

[148] Courts are empowered to determine whether a law enacted by the legislature in accordance with the *Constitution Act, 1867*, also conforms to the requirements of the *Constitution Act, 1982*. As Dickson J. (as he then was) stated, “it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power” (*Amax Potash Ltd. v. Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at p. 590, with respect to the *Constitution Act, 1867*; see also *Re Motor Vehicle*, at p. 498, with respect to the *Constitution Act, 1982*). Section 52 of the *Constitution Act, 1982*, provides that the Constitution (i.e. both the 1867 and 1982 instruments) is supreme and any inconsistent provision is of no force and effect. As this Court has stated, “[t]he existence of an impartial and authoritative judicial arbiter is a necessary corollary of the enactment of the supremacy clause” (*Reference re Supreme Court Act, ss. 5 and 6*, 2014 SCC 21, [2014]

compétence précis n’empêche pas que ces textes législatifs puissent faire l’objet d’un contrôle de leur conformité à la *Charte* par les tribunaux. Le partage des compétences prévu dans la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux législateurs fédéral et provinciaux le pouvoir d’adopter des lois dans des domaines qui relèvent des différents chefs de compétence. La *Loi constitutionnelle de 1982*, qui comprend la *Charte*, limite l’exercice du pouvoir que confère la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, bien que le Parlement ait compétence pour adopter des lois au titre de tout chef de compétence donné, ce pouvoir ne met pas pour autant les textes législatifs qu’il adopte à l’abri de tout contrôle d’un examen fondé sur la *Charte* (voir, par analogie à l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 102-103 et 142-143). La compétence législative ne suppose pas la conformité à la *Charte*. Comme l’a énoncé notre Cour dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 82 : « Il n’y a aucune contradiction entre affirmer qu’une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la *Charte*. »

[148] Les tribunaux ont le pouvoir de décider si une loi adoptée par un législateur conformément à la *Loi constitutionnelle de 1867* est aussi conforme aux exigences de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme l’a affirmé le juge Dickson (plus tard juge en chef), « une des hautes fonctions de cette Cour est de s’assurer que les législatures n’outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n’exercent pas illégalement certains pouvoirs » (*Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590, concernant la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir aussi *Motor Vehicle Reference*, p. 498, concernant la *Loi constitutionnelle de 1982*). L’article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution (c.-à-d. les instruments de 1867 ainsi que ceux de 1982) est la loi suprême et que toute disposition incompatible est inopérante. Comme l’a affirmé notre Cour, « [l]a nécessité de l’existence d’un arbitre judiciaire impartial et dont

1 S.C.R. 433, at para. 89; see also *Big M*, at p. 313). It is the courts, not legislatures, that ultimately interpret the Constitution and define constitutional minimums.

[149] The judiciary’s role in relation to the legislature is important in the context of the military court system: “Undue deference by the courts to the military leads the judiciary to abstain from its proper role of constitutional oversight over all organs of government” (P. T. Collins, “The Civil Courts’ Challenge to Military Justice and its impact on the Civil Military Relationship”, in A. Duxbury and M. Groves, eds., *Military Justice in the Modern Age* (2016), 57, at p. 58). We agree with the majority judges of the Court Martial Appeal Court in *R. v. Déry*, 2017 CMAC 2, 391 C.R.R. (2d) 156 (“*Stillman*”), Cournoyer and Gleason JJ.A., that “Parliament ought not be the arbiter of constitutional rights by defining what ‘under military law’ means” (para. 79). It is the role of the courts to ascertain the constitutional meaning of the words an “offence under military law tried before a military tribunal”, as they do with respect to any other *Charter* provision.

[150] Having considered the scope of the exception and the role of the courts in determining that scope, we next interpret the exception by reference to the history of military jurisdiction.

C. *The History of Military Jurisdiction*

[151] A separate system of military courts has existed since 1689; there is no dispute that a separate system is required (*Généreux*, at p. 293). However, the history of military courts’ jurisdiction demonstrates that their jurisdiction has always been limited. Under *An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Eng.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5 (“*Mutiny Act*”), only three offences — sedition, desertion and

les décisions font autorité est le corollaire de cette disposition » (voir *Renvoi relatif à la Loi sur la Cour suprême*, art. 5 et 6, 2014 CSC 21, [2014] 1 R.C.S. 433, par. 89; voir aussi *Big M*, p. 313). Ultimement, ce sont les tribunaux, et non les législateurs, qui interprètent la Constitution et qui définissent les minimums constitutionnels.

[149] Le rôle des tribunaux à l’égard du législateur est important dans le contexte du système de justice militaire : [TRADUCTION] « La déférence trop grande qu’accordent les tribunaux à la justice militaire fait en sorte que ceux-ci s’abstiennent d’exercer leur propre rôle de supervision constitutionnelle sur tous les organes du gouvernement » (P. T. Collins, « The Civil Courts’ Challenge to Military Justice and its Impact on the Civil Military Relationship », dans A. Duxbury et M. Groves, dir., *Military Justice in the Modern Age* (2016), 57, p. 58). Nous souscrivons à l’opinion des juges majoritaires de la Cour d’appel de la cour martiale dans *R. c. Déry*, 2017 CACM 2 (« *Stillman* ») (les juges Cournoyer et Gleason), selon laquelle « le législateur n’a pas à jouer l’arbitre des droits constitutionnels en définissant l’expression “relevant de la justice militaire” » (par. 79 (CanLII)). Il incombe aux tribunaux de déterminer le sens au regard de la Constitution de l’expression « infraction relevant de la justice militaire », comme ils le font à l’égard de toute autre disposition de la *Charte*.

[150] Après avoir examiné la portée de l’exception et le rôle des tribunaux dans la détermination de cette portée, nous passons maintenant à l’interprétation de l’exception en fonction de l’historique de la compétence des tribunaux militaires.

C. *L’historique de la compétence des tribunaux militaires*

[151] Un système distinct de tribunaux militaires existe depuis 1689; nul ne conteste qu’un tel système est nécessaire (*Généreux*, p. 293). Cependant, l’historique de la compétence des tribunaux militaires démontre que celle-ci a toujours été limitée. Aux termes de la loi intitulée *An Act for punishing Officers or Soldiers who shall Mutiny or Desert Their Majestyes Service* (Angl.), 1689, 1 Will. 3 & Mar. 2, c. 5 (« *Mutiny Act* »), seules trois infractions — la

mutiny — were subject to the jurisdiction of military courts, as discussed below. Over time, military court jurisdiction expanded to include military-related offences like insubordination. In 1879, legislation was enacted to bring civilian offences under military court jurisdiction. This concurrent jurisdiction was limited, however, as civilian courts maintained primary jurisdiction over civilian offences. Prior to the *Charter*, in 1980, a concurring judgment from this Court in *MacKay* recognized the military connection test, which sought to limit the cases heard by military courts to those cases where there was a necessary connection between the offence and the military. This military nexus doctrine became part of the “‘pith and marrow’ of Canadian military law” (*R. v. Larouche*, 2014 CMAC 6, 460 N.R. 248, at para. 23).

[152] Thus, recognizing the limits on military court jurisdiction is essential to understanding the proper scope of military jurisdiction and the legal context when s. 11(f) was drafted and enacted.

[153] The majority emphasizes that the military justice system has evolved in recent decades, in particular by strengthening the independence and impartiality of military panels (paras. 44-51). Yet, the majority also acknowledges that s. 11(d), which guarantees the right to an independent and impartial trial, is not at issue before us. Nor is there evidence before us to determine whether a trial before a military panel “largely mirrors the civilian system” (Majority Reasons, at para. 53). Therefore, we do not purport to rule on the adequacy of military panels. Rather, we focus on determining the appropriate limits of military court jurisdiction, turning now to historical evidence of the scope of civilian and military court jurisdiction.

sédition, la désertion et la mutinerie — relevaient de la compétence des tribunaux militaires, comme nous le verrons plus loin. Au fil du temps, la compétence des tribunaux militaires s’est élargie aux infractions relatives au service militaire, comme l’insubordination. En 1879, une loi a été édictée pour faire en sorte que les infractions civiles relèvent de la compétence des tribunaux militaires. Cette compétence concurrente était toutefois limitée, car les tribunaux civils demeuraient le ressort principal pour les infractions civiles. Avant l’entrée en vigueur de la *Charte*, en 1980, une opinion concordante de notre Cour dans l’arrêt *MacKay* reconnaissait le critère du lien de connexité avec le service militaire, qui visait à limiter les affaires instruites par les tribunaux militaires à celles où il y avait un lien nécessaire entre l’infraction et le service militaire. Cette doctrine du lien de connexité avec le service militaire a été intégrée à la « “substantifique moelle” du droit militaire canadien » (*R. c. Larouche*, 2014 CACM 6, 460 N.R. 248, par. 23).

[152] Par conséquent, il est essentiel de reconnaître les limites de la compétence des tribunaux militaires pour comprendre la véritable portée de la compétence militaire et le contexte juridique à l’époque où l’al. 11(f) a été rédigé et adopté.

[153] Les juges majoritaires mettent l’accent sur le fait que le système de justice militaire a évolué au cours des dernières décennies, particulièrement grâce au renforcement de l’indépendance et de l’impartialité des comités militaires (par. 44-51). Toutefois, ils reconnaissent aussi que l’al. 11(d), qui garantit le droit à un procès devant un tribunal indépendant et impartial, n’est pas en cause devant nous, et qu’aucune preuve ne nous a été soumise pour que nous établissions si un procès devant un comité militaire « s’apparent[e] beaucoup au système de justice civil » (motifs des juges majoritaires, par. 53). Par conséquent, nous n’entendons pas nous prononcer sur le caractère adéquat des comités militaires. Nous nous attachons plutôt à définir les limites appropriées de la compétence des tribunaux militaires, et nous nous penchons maintenant sur la preuve historique relative à la portée de la compétence des tribunaux civils et militaires.

(1) Limits on the Types of Offences Triable by Military Courts and the Primacy of Civilian Courts

[154] In 1689, the English Parliament enacted the *Mutiny Act*. The *Mutiny Act* attempted to counter the threat to loyalty of soldiers upset with the ascension of a new king and queen to the throne. The *Mutiny Act* allowed military courts to try and sentence to death officers or soldiers who had committed mutiny, sedition or desertion during peacetime: “Soldiers who shall Mutiny or Stirr up Sedition, or shall Desert Their Majestyes Service be brought to a more exemplary and speedy Punishment than the usuall Forms of Law will allow” (M. L. Friedland, *Double Jeopardy* (1969), at p. 343). In other words, the *Mutiny Act* provided that any limit on an individual’s rights under the ordinary laws of the realm, including the right to a jury trial, was only for mutiny, sedition and desertion; such rights were not limited for “mere offences against discipline” (C. Clode, *The Administration of Justice Under Military and Martial Law* (1872), at p. 44). Common law courts maintained jurisdiction over ordinary offences (*Grant v. Gould* (1792), 2 H. Bl. 69, 126 E.R. 434, cited in Morel, at p. 376).

[155] Two centuries later, in 1879, jurisdiction of military law expanded to include criminal offences punishable by ordinary law, with the merging of the *Articles of War* and the *Mutiny Act*. At this time, civilian criminal offences became triable by courts martial (S. T. Pitzul and J. C. Maguire, “A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline” (2002), 52 *A.F.L. Rev.* 1, at pp. 2-3).

[156] This was the legislative framework that Canada inherited at the time of Confederation in 1867, when the *British North America Act* “gave the new Dominion of Canada responsibility for defence and maintenance of its own military forces

(1) Limites quant aux types d’infractions pouvant faire l’objet de procès devant des tribunaux militaires et la primauté des tribunaux civils

[154] En 1689, le Parlement anglais a adopté la *Mutiny Act*. Cette loi visait à contrer le risque que les soldats mécontents de l’accession au trône d’un nouveau roi et d’une nouvelle reine manquent à leur devoir de loyauté. La *Mutiny Act* permettait aux tribunaux militaires de juger et de condamner à mort les officiers et les soldats qui avaient commis un crime de mutinerie, de sédition ou de désertion en temps de paix : [TRADUCTION] « Que les soldats qui se mutinent, fomentent une sédition ou désertent le service de Ses Majestés soient soumis à un châtement plus exemplaire et expéditif que le permettent les formes de droit usuelles » (M. L. Friedland, *Double Jeopardy* (1969), p. 343). Autrement dit, les seules limites que prévoyait la *Mutiny Act* quant aux droits de toute personne sous le régime de droit commun du royaume, y compris le droit à un procès avec jury, étaient celles visant la mutinerie, la sédition et la désertion; de tels droits n’étaient pas restreints pour de [TRADUCTION] « simples infractions à la discipline » (C. Clode, *The Administration of Justice Under Military and Martial Law* (1872), p. 44). Les tribunaux de common law conservaient leur compétence sur les infractions ordinaires (*Grant c. Gould* (1792), 2 H. Bl. 69, 126 E.R. 434, cité dans Morel, p. 376).

[155] Deux siècles plus tard, en 1879, la compétence des tribunaux militaires a été élargie pour comprendre les infractions criminelles punissables sous le régime de droit commun, grâce à la fusion des *Articles of War* et de la *Mutiny Act*. À cette époque, les infractions civiles criminelles sont devenues susceptibles de faire l’objet de procès devant des cours martiales (S. T. Pitzul et J. C. Maguire, « A Perspective on Canada’s Code of Service Discipline » (2002), 52 *A.F.L. Rev.* 1, p. 2-3).

[156] Tel était le cadre législatif dont le Canada a hérité lors de la Confédération en 1867, lorsque l’*Acte de l’Amérique du Nord britannique* a [TRADUCTION] « donné au nouveau Dominion du Canada la responsabilité de la défense et du maintien

during peacetime” (C. Madsen, *Another Kind of Justice: Canadian Military Law from Confederation to Somalia* (1999), at p. 5). The next year, Parliament passed the *Act respecting the Militia and Defence of the Dominion of Canada*, S.C. 1868, c. 40 (*Militia Act*) which created the Canadian Armed Forces, distinct from those of Britain. The *Militia Act* was replaced by a succession of *Army Acts*, all of which “emphasized the importance of discipline within an armed force and the need for informal procedures under which offenders could be tried swiftly” (Pitzul and Maguire, at p. 3). The core concern in each of the series of legislative enactments was ensuring efficiency and discipline.

[157] From 1868 to the early 1900s, the historical evidence relates mostly to military court trials of offences committed during active service, such as desertion and absence without leave, or minor infractions against service discipline, such as “in-subordination [and] negligent performance of duties” (Madsen, at p. 23). There is some indication, however, that civilian courts would take over jurisdiction from the military to try criminal offences. In the First World War, for example, when Canadians were still British subjects, British civilian courts would frequently claim jurisdiction in cases of Canadian soldiers committing criminal offences, such as assault, murder or rape (Madsen, at p. 45).

[158] In 1950, the *NDA* was enacted to consolidate legislation relating to the armed forces into one statute. The *NDA* retained the incorporation of civilian offences in s. 119(1)(a) (now s. 130). During the consideration of the *NDA*, Brooke Claxton, then Minister of National Defence, was asked about the potential for overly broad jurisdiction of military courts in peacetime. In response, he stated that military court jurisdiction was meant for cases where civilian courts did not or could not act, either in times of war where there were no civilian courts, in

de ses propres forces militaires en temps de paix » (C. Madsen, *Another Kind of Justice : Canadian Military Law from Confederation to Somalia* (1999), p. 5). L’année suivante, le Parlement a adopté l’*Acte concernant la milice et la Défense de la Puissance du Canada*, S.C. 1868, c. 40 (« *Loi sur la milice* »), qui créait les Forces armées canadiennes, distinctes de celles de la Grande-Bretagne. Cette loi a été remplacée par plusieurs lois sur l’armée, qui mettaient toutes l’accent sur [TRADUCTION] « l’importance de la discipline au sein d’une armée et la nécessité qu’il y ait des procédures informelles au titre desquelles les contrevenants pourraient être jugés rapidement » (Pitzul et Maguire, p. 3). L’adoption de chacune de ces séries de mesures législatives était principalement motivée par un souci d’efficacité et de discipline.

[157] De 1868 au début des années 1900, la preuve historique se rapporte surtout aux procès devant des tribunaux militaires concernant des infractions commises durant le service actif, comme la désertion et l’absence sans permission, ou des infractions mineures contre la discipline militaire, comme [TRADUCTION] « l’insubordination [et] la négligence dans l’accomplissement des fonctions » (Madsen, p. 23). Cependant, il semble que les tribunaux civils aient pris la relève des tribunaux militaires pour juger les infractions criminelles. Par exemple, lors de la Première Guerre mondiale, alors que les Canadiens étaient toujours des sujets britanniques, les tribunaux civils britanniques se déclaraient fréquemment compétents dans des affaires portant sur des infractions criminelles commises par des soldats canadiens, comme les voies de fait, le meurtre ou le viol (Madsen, p. 45).

[158] En 1950, la *LDN* a été adoptée afin que les dispositions législatives portant sur les forces armées soient rassemblées en une seule loi. La *LDN* a conservé la disposition d’incorporation des infractions civiles à l’al. 119(1)a) (maintenant l’art. 130). Au cours de l’examen de la *LDN*, Brooke Claxton, le ministre de la Défense nationale à l’époque, a été interrogé au sujet de la possibilité que la portée de la compétence des tribunaux militaires soit excessive en temps de paix. Il a répondu en affirmant que la compétence des tribunaux militaires visait des affaires où

peacetime where no civilian courts were operating, or where civilian authorities deferred to military authorities, such as for offences committed on base or against another soldier:

Service courts have no exclusive jurisdiction in respect of civil offences. In fact, they do not try civil offences where the civil courts try civil offences, because if a civil offence is tried by a civil court then the service court has not jurisdiction. . . .

...

The reason, therefore, for providing that a number of civil offences shall also be service offences is to take care of the case where the civil court does not act or cannot act. . . .

The reasons for that, I think, are threefold. In the first place, in the event of war, service personnel may be serving overseas where no civil court is set up. . . . In the second place, even in peacetime service establishments are set up at places where there are no organized civil courts, and if a man commits an act of assault against a fellow soldier there is no civil court operating there to deal with the case Then there is a third reason, and that is that the civil authorities themselves, in a considerable number of cases, prefer to have the matter dealt with by the military authorities. . . . If within the confines of a camp a soldier commits an act of assault against another soldier, ordinarily the civil authorities prefer that we deal with it. . . . But if the civil authorities deal with it, then we cannot deal with it and we have no means of indicating to them our preference. The civil authority is always supreme. [Emphasis added.]

(House of Commons, *Official Report of Debates of the House of Commons*, vol. IV, 2nd Sess., 21st Parl., 1950, at p. 3320)

[159] Claxton's comments illustrate that, at the time of the enactment of s. 130's predecessor, trying service members for civilian offences was meant to be limited to situations where it was necessary for efficiency concerns or desirable because there was a sufficient military connection such that civilian courts preferred to defer to military jurisdiction.

les tribunaux civils n'agissaient pas ou ne pouvaient intervenir, que ce soit en temps de guerre où il n'y avait pas de tribunaux civils, en temps de paix où aucun tribunal civil n'était en fonction, ou lorsque les autorités civiles s'en remettaient aux autorités militaires, comme pour les infractions commises sur une base militaire ou contre un autre soldat :

Les tribunaux militaires n'ont donc pas compétence exclusive à l'égard des délits civils. De fait, ils ne jugent pas les délits civils comme les tribunaux civils le font, car, si un tribunal civil connaît d'un délit civil, le tribunal militaire n'a pas compétence . . .

...

La raison de stipuler qu'un certain nombre d'infractions à la loi civile seront aussi des infractions à la loi militaire est afin de prévoir les cas où les tribunaux civils n'agissent pas ou ne peuvent intervenir . . .

Il y a, je crois, trois raisons à cela. D'abord, en temps de guerre nous pouvons avoir des troupes outre-mer à des endroits où il n'existe aucun tribunal civil. [. . .] Ensuite, même en temps de paix nous avons des établissements militaires dans des endroits où il n'y a pas de cours civiles. Si un soldat se livre à des voies de fait sur un autre soldat, il n'existe pas de tribunal civil, là-bas, qui puisse s'occuper du cas. [. . .] Il y a une troisième raison. Les autorités civiles elles-mêmes, dans nombre de cas, préfèrent que ce soient les autorités militaires qui règlent ces questions. [. . .] Si, dans les limites du camp, un soldat se livre à des voies de fait sur un autre soldat, les autorités civiles, d'ordinaire, préfèrent que ce soit nous qui nous occupions du cas. [. . .] Mais si ce sont les autorités civiles qui s'en occupent, — et nous n'avons pas les moyens de leur faire connaître notre préférence, — nous ne pouvons pas nous en occuper. L'autorité civile est toujours suprême. [Nous soulignons.]

(Chambre des communes, *Compte rendu officiel des débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 2^e sess., 21^e lég., 1950, p. 3429)

[159] Les commentaires de M. Claxton illustrent le fait que, au moment de l'adoption de la disposition antérieure à l'art. 130, l'instruction de procès devant des tribunaux militaires pour des infractions civiles commises par des militaires devait se limiter aux situations où cela était nécessaire sur le plan de l'efficacité ou souhaitable parce qu'il y avait un lien

However, Claxton was clear: “Civil authority is always supreme”. The practice in the decades following the enactment of the *NDA* was that military authorities deferred to civilian authorities where offences took place in non-military circumstances (see, e.g., J. H. Hollies, “Canadian Military Law” (1961), 1 *Mil. L. Rev.* 69, at p. 72; Department of National Defence, *Canadian Forces Administrative Order 19-16 — Civil Prosecution* (December 19, 1975)).

(2) Development of a Military Connection Requirement

[160] In the decades following the enactment of the *NDA*, courts developed the military connection test to determine when it was appropriate to depart from the primacy of civilian court jurisdiction.

[161] The military connection test was first articulated in Canada in the 1980 case *MacKay*. In a widely-cited concurrence, McIntyre J. held, and Dickson J. agreed, that if courts martial were to try service members in Canada for criminal offences otherwise triable by civilian courts, the commission and nature of those offences must be connected to military service in some way. Justices McIntyre and Dickson disagreed with the majority that all prosecutions of armed forces members under any penal statute should be tried in military courts, as it was “not necessary for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent” (p. 408). They stated:

The serviceman charged with a criminal offence is deprived of the benefit of a preliminary hearing or the right to a jury trial. He is subject to a military code which differs in some particulars from the civil law. . . . While such differences may be acceptable on the basis of military need in some cases, they cannot be permitted universal effect in

de connexité suffisant avec le service militaire, de sorte que les tribunaux civils préféraient s’en remettre aux tribunaux militaires. Cependant, M. Claxton l’a énoncé clairement : « L’autorité civile est toujours suprême ». Au cours des décennies qui ont suivi l’adoption de la *LDN*, la pratique voulait que les autorités militaires s’en remettent aux autorités civiles lorsque les infractions étaient commises dans un contexte non-militaire (voir, p. ex., J. H. Hollies, « Canadian Military Law » (1961), 1 *Mil. L. Rev.* 69, p. 72; ministère de la Défense nationale, *Ordonnance administrative des Forces canadiennes 19-16 — Poursuite devant un tribunal civil* (19 décembre 1975)).

(2) Élaboration de l’exigence relative au lien de connexité avec le service militaire

[160] Au cours des décennies qui ont suivi l’adoption de la *LDN*, les tribunaux ont élaboré le critère du lien de connexité avec le service militaire permettant d’établir les situations où il est approprié de déroger à la primauté de la compétence des tribunaux civils.

[161] Le critère du lien de connexité avec le service militaire a été formulé pour la première fois au Canada dans l’arrêt *MacKay*, rendu en 1980. Dans une opinion concordante abondamment citée, le juge McIntyre a conclu, avec l’accord du juge Dickson, que si les cours martiales devaient juger les militaires au Canada pour des infractions criminelles qui relèveraient par ailleurs des tribunaux civils, la perpétration et la nature de ces infractions devraient être reliées au service militaire de quelque manière. Les juges McIntyre et Dickson ne souscrivaient pas à l’opinion des juges majoritaires, selon laquelle toutes les poursuites concernant des membres des forces armées sous le régime de toute loi pénale relèvent des tribunaux militaires, car « [p]our atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n’[était] pas nécessaire d’étendre autant la compétence des tribunaux militaires » (p. 408). Selon eux :

Le soldat inculpé d’une infraction criminelle est privé du bénéfice d’une enquête préliminaire ou du droit à un procès devant jury. Il est soumis à un code militaire qui diffère à certains égards du droit commun. [...] Bien que ces différences puissent être acceptables, compte tenu des besoins militaires, dans certains cas, on ne peut leur donner d’effet

respect of the criminal law of Canada as far as it relates to members of the armed services serving in Canada.

...

The question then arises: how is a line to be drawn separating the service-related or military offence from the offence which has no necessary connection with the service? In my view, an offence which would be an offence at civil law, when committed by a civilian, is as well an offence falling within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when committed by a serviceman if such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service. [pp. 409-10]

[162] Justice McIntyre’s concurrence had a significant impact on subsequent jurisprudence. As noted by R. A. Macdonald:

Despite this seemingly strong support by the majority, the decision that was to have a greater future impact was the concurring opinion of Justice (later Chief Justice) Dickson and Justice McIntyre. . . .

...

. . . The McIntyre formula with respect to the jurisdiction of military tribunals over offences was the one most frequently cited by the lower courts in the years to follow.

(*Canada’s Military Lawyers* (2002), at p. 120)

Indeed, in 1982, Professor Hogg agreed that s. 130(1)(a) needed to be read down in light of McIntyre J.’s reasons (Hogg, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), at p. 42, cited in *Larouche*, at para. 53).

[163] This was the background against which the *Charter* was drafted and enacted. The *Charter* protected and entrenched a number of rights, including the right to a jury trial. Then Attorney General Jean Chrétien referred to the exception in s. 11(f) in a Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, stating: “Jury trials in cases under military law before

universel dans l’application du droit pénal canadien aux membres des forces armées en poste au Canada.

...

La question se pose donc ainsi : comment tracer la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées aux forces armées et celles qui n’y sont pas nécessairement reliées. À mon avis, une infraction qui constitue une infraction de droit commun, si elle est commise par un civil, est également une infraction relevant de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu’elle serait susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des forces armées. [p. 409-410]

[162] L’opinion concordante du juge McIntyre a eu une incidence importante sur la jurisprudence subséquente. Comme l’a noté R. A. Macdonald :

En dépit de ce soutien apparemment fort de la majorité, le jugement qui devait avoir le plus d’influence dans l’avenir était l’opinion concordante des juges Dickson (par la suite juge en chef) et McIntyre . . .

...

. . . La proposition McIntyre touchant la juridiction des tribunaux militaires sur les infractions est la proposition qui a été la plus fréquemment citée par les cours inférieures dans les années qui allaient suivre.

(*Les avocats militaires du Canada* (2002), p. 136)

De fait, en 1982, le professeur Hogg a reconnu que l’al. 130(1)a) devait recevoir une interprétation atténuée à la lumière des motifs du juge McIntyre (Hogg, *Canada Act 1982 Annotated* (1982), p. 42, cité dans *Larouche*, par. 53).

[163] Tel était le contexte dans lequel la *Charte* a été rédigée et adoptée. Celle-ci protégeait et consacrait un certain nombre de droits, y compris le droit à un procès avec jury. Le procureur général de l’époque, Jean Chrétien, a mentionné l’exception prévue à l’al. 11f) lors d’un Comité spécial mixte du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada, en affirmant ce qui suit : « Les procès devant

a service tribunal have never existed either under Canadian or American law” (Senate and House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, No. 36, 1st Sess., 32nd Parl., January 12, 1981, at p. 12). It is not surprising that military tribunals have never provided for a jury, given the historical evidence of the limits on military jurisdiction; nor is this statement compelling evidence that a military accused can be denied the right to a jury trial absent a direct military connection (Majority Reasons, at paras. 77-79).

[164] The military nexus test was adopted by the Court Martial Appeal Court in *R. v. MacDonald* (1983), 4 C.M.A.R. 277, one year after the *Charter*, and has been applied with some regularity over the past thirty years to determine whether military courts have jurisdiction to try a civilian offence under s. 130(1)(a). See, for example, *R. v. MacEachern* (1985), 4 C.M.A.R. 447; *Ryan v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 563; *Ionson v. The Queen* (1987), 4 C.M.A.R. 433, aff’d [1989] 2 S.C.R. 1073. See also *R. v. Brown* (1995), 5 C.M.A.R. 280, which acknowledged the settled state of the law at the time: “The exception to the guarantee of the right to a jury trial in paragraph 11(f) is triggered by the existence of a military nexus with the crime charged” (p. 287).

(3) Conclusions Drawn From the Historical Evidence

[165] The historical background to s. 11(f) illustrates that there have consistently been limits on military jurisdiction. While we agree with the majority that the exception to the right was included to affirm a separate military system and to preserve the tradition that military law has never had jury trials (Majority Reasons, at para. 80), these two points do not paint the full picture. The background to s. 11(f) has always been concerned with appropriate limits on military jurisdiction. A limited approach to military jurisdiction is also supported by contemporary

jury n’ont jamais été prévus pour les causes relevant de la justice militaire, ni au Canada, ni aux États-Unis » (Sénat et Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, n° 36, 1^{re} sess., 32^e lég., 12 janvier 1981, p. 12). Il n’est pas surprenant que les tribunaux militaires n’aient jamais prévu de situations où l’accusé pourrait bénéficier d’un procès avec jury, compte tenu de la preuve historique concernant les limites à la compétence militaire; cet énoncé ne constitue pas non plus une preuve convaincante que les militaires accusés peuvent se voir privés du droit à un procès avec jury si l’infraction dont ils sont accusés n’a aucun lien direct avec le service militaire (motifs des juges majoritaires, par. 77-79).

[164] Le critère du lien de connexité avec le service militaire a été adopté par la Cour d’appel de la cour martiale dans *R. c. MacDonald* (1983), 4 C.A.C.M. 277, un an seulement après l’entrée en vigueur de la *Charte*, et les tribunaux l’ont appliqué assez régulièrement au cours des trente dernières années afin d’établir si les tribunaux militaires ont compétence pour juger une infraction civile aux termes de l’al. 130(1)a. Voir, par exemple, *R. c. MacEachern* (1985), 4 C.A.C.M. 447; *Ryan c. The Queen* (1987), 4 C.A.C.M. 563; *Ionson c. The Queen* (1987), 4 C.A.C.M. 433, conf. par [1989] 2 R.C.S. 1073. Voir aussi *R. c. Brown* (1995), 5 C.A.C.M. 280, où le juge reconnaissait l’état du droit de l’époque : « L’exception à la garantie d’un procès devant jury de l’alinéa 11f) est déclenchée par le caractère militaire, le cas échéant, du crime imputé » (p. 287).

(3) Conclusions tirées de la preuve historique

[165] Le contexte historique de l’al. 11f) montre qu’il y a toujours eu des limites à la compétence des tribunaux militaires. Bien que nous convenons avec les juges majoritaires que l’exception au droit visait à confirmer l’existence d’un système de justice militaire distinct et à préserver la tradition voulant que le droit militaire n’ait jamais permis les procès avec jury (motifs des juges majoritaires, par. 80), ces deux points ne dressent pas un tableau complet de la situation. Le contexte de l’al. 11f) révèle que les limites qu’il convient d’imposer à la compétence des tribunaux

academic sources (see, for example, R. Ho, “A World That Has Walls: A *Charter* Analysis of Military Tribunals” (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149, at p. 163; G. Létourneau, *Introduction to Military Justice: An Overview of the Military Penal Justice System and its Evolution in Canada* (2012), at p. 19).

[166] This historical overview also highlights when military courts *should* have jurisdiction. The historical evidence points to the fact that it was appropriate for offences to be heard by military courts rather than civilian courts where quick and efficient justice was necessary to uphold discipline, such as when offences were committed during wartime or abroad. This has been illustrated time and again, from the words of the *Mutiny Act* — created to provide a “more exemplary and speedy Punishment than the usuall Forms of Law will allow” — to Claxton’s comments during consideration by Parliament of the *NDA*. With these concerns as our guide, we turn next to discussing the military connection test.

III. Defining the Military Connection Test

A. *Background on the Military Connection Test*

[167] The military connection test articulated by McIntyre J. in *MacKay* asked: Has a service member committed an offence connected to the military, having regard to the nature of the offence, the circumstances of its commission and whether the offence would tend to affect military discipline and efficiency? As McIntyre J. stated:

The question then arises: how is a line to be drawn separating the service-related or military offence from

militaires eu égard à cet alinéa ont toujours été source de préoccupations. De nombreuses sources universitaires plus récentes appuient elles aussi l’adoption d’une approche restrictive à l’égard de la compétence des tribunaux militaires (voir, par exemple, R. Ho, « A World That Has Walls : A *Charter* Analysis of Military Tribunals » (1996), 54 *U.T. Fac. L. Rev.* 149, p. 163; G. Létourneau, *Initiation à la justice militaire un tour d’horizon du système de justice pénale militaire et de son évolution au Canada* (2012), p. 19).

[166] Cet aperçu historique met également en relief les situations où les tribunaux militaires *devraient* avoir compétence. La preuve historique montre qu’il était indiqué que les tribunaux militaires, plutôt que les tribunaux civils, jugent les militaires accusés d’infractions lorsque justice devait être rendue rapidement et efficacement pour le maintien de la discipline, comme lorsque les infractions avaient été commises en temps de guerre ou à l’étranger. Cette idée a été exprimée à maintes reprises, que ce soit par les termes de la *Mutiny Act* — créée afin de faire en sorte que les accusés soient soumis à [TRADUCTION] « un châtiment plus exemplaire et expéditif que le permettent les formes de droit usuelles » — ou par les commentaires de M. Claxton lorsque le Parlement a examiné la *LDN*. Ces considérations nous guidant, nous passons maintenant à l’analyse du critère du lien de connexité avec le service militaire.

III. Définition du critère du lien de connexité avec le service militaire

A. *Historique du critère du lien de connexité avec le service militaire*

[167] Le critère du lien de connexité avec le service militaire que le juge McIntyre a formulé dans *MacKay* posait la question suivante : le militaire a-t-il commis une infraction liée au service militaire, compte tenu de la nature de l’infraction, des circonstances de sa perpétration et de la question de savoir si l’infraction serait susceptible d’influer sur la discipline et l’efficacité des forces armées? Comme l’a affirmé le juge McIntyre :

La question se pose donc ainsi : comment tracer la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées

the offence which has no necessary connection with the service? In my view, an offence which would be an offence at civil law, when committed by a civilian, is as well an offence falling within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when committed by a serviceman if such offence is so connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service. [Emphasis added; at p. 410.]

[168] McIntyre J. observed that a similar approach had been taken in the American context, developed in *O'Callahan v. Parker* (1969), 395 U.S. 258, and refined in *Relford v. Commandant* (1971), 401 U.S. 355, at p. 356, fn. 1. *Relford* directed courts to consider twelve factors in determining whether a particular offence by a service member was “service-connected”, including whether the place of commission was under military control, whether there was a connection between the accused’s military duties and the crime, and whether the victim was engaged in the performance of duties related to the military.

[169] Canadian courts martial have regularly applied the military connection test since *MacKay*. For example, in *R. v. Catudal* (1985), 4 C.M.A.R. 338, the Court Martial Appeal Court found that one charge of arson among several arson charges against Mr. Catudal had no military connection because it had been committed in circumstances where the accused was travelling across Canada to his next posting in his own vehicle (for all the other charges Mr. Catudal was on base). In *Brown*, the accused was charged with manslaughter and torture while on peacekeeping duties in Somalia; the Court Martial Appeal Court accepted the accused’s concession that there was “ample military nexus” on the facts of that case (p. 290).

[170] The Crown argues — and the majority accepts — that *Moriarity* foreclosed the possibility of

aux forces armées et celles qui n’y sont pas nécessairement reliées. À mon avis, une infraction qui constitue une infraction de droit commun, si elle est commise par un civil, est également une infraction relevant de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu’elle serait susceptible d’influer sur le niveau général de discipline et d’efficacité des forces armées. [Nous soulignons; p. 410.]

[168] Le juge McIntyre a fait remarquer que les tribunaux américains avaient adopté une approche similaire, élaborée dans *O'Callahan c. Parker* (1969), 395 U.S. 258, et peaufinée dans *Relford c. Commandant* (1971), 401 U.S. 355, p. 356, note 1. L’arrêt *Relford* commandait aux tribunaux de prendre en considération 12 facteurs pour établir si une infraction donnée commise par un militaire était « liée au service militaire », notamment les questions de savoir si l’endroit où l’infraction avait été commise était sous contrôle militaire, s’il y avait un lien entre les fonctions militaires de l’accusé et le crime commis, et si la victime prenait part à l’exercice de fonctions relatives au service militaire.

[169] Les cours martiales canadiennes ont régulièrement appliqué le critère du lien de connexité avec le service militaire depuis l’arrêt *MacKay*. Par exemple, dans *R. c. Catudal* (1985), 4 C.A.C.M. 338, la Cour d’appel de la cour martiale a conclu qu’une accusation d’incendie criminel parmi plusieurs portées contre M. Catudal n’avait aucun lien avec le service militaire car l’infraction avait été commise alors que l’accusé était en déplacement au Canada vers sa prochaine affectation dans sa propre voiture (dans le cas de toutes les autres accusations, M. Catudal se trouvait sur une base militaire). Dans *Brown*, l’accusé a été accusé d’homicide involontaire et de torture alors qu’il exerçait des fonctions de maintien de la paix en Somalie; la Cour d’appel de la cour martiale a accepté la concession de l’accusé selon laquelle il y avait « amplement caractère militaire » au vu des faits de cette affaire (p. 290).

[170] La Couronne soutient — et les juges majoritaires souscrivent à cet argument — que l’arrêt

the military connection test (paras. 92-95). We do not agree. As described earlier, *Moriarity* involved a challenge to s. 130(1)(a) based on s. 7 of the *Charter*. This Court held that s. 130(1)(a) was not overbroad because it was rationally connected to its objective of maintaining discipline, efficiency, and morale, without need to resort to a military connection. We accept those as valid objectives of s. 130(1)(a), and of the military justice system more broadly. However, *Moriarity* does not answer the question as to whether the objectives of s. 130(1)(a) and of the military justice system — morale, discipline and efficiency — are met when depriving an accused of the right to a jury trial guaranteed under s. 11(f).

[171] Finally, the majority notes that the military connection test has been abandoned in the U.S. and has no place in the Canadian legal context (Majority Reasons, at para. 99). While the U.S. Supreme Court, in a split decision, left behind the “service-connection” test, the test continues to be applied in Canada in practice. The Director of Military Prosecution (DMP) currently looks to factors concerned with whether there is a military connection when determining whether the offence should proceed in the military justice system (see para. 102 of the majority’s reasons for a list of these factors). While it is often easier to draw a bright line, we do not agree that the military connection test forces courts to engage in “an unwieldy and unhelpful threshold inquiry that distracts from the merits” (para. 99).

[172] Determining whether there is a military connection may involve careful consideration and difficult judgment calls, but we agree with the dissenting judges of the U.S. Supreme Court in *Solorio*

Moriarity a écarté toute possibilité d’application du critère du lien de connexité avec le service militaire (par. 92-95). Nous ne sommes pas de cet avis. Comme nous l’avons déjà mentionné, dans l’arrêt *Moriarity*, il était question d’une contestation de l’al. 130(1)a fondée sur l’art. 7 de la *Charte*. Notre Cour a conclu que l’al. 130(1)a n’avait pas une portée excessive car il avait un lien rationnel avec son objectif de maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes, et qu’il n’était pas nécessaire d’avoir recours au lien de connexité avec le service militaire. Nous reconnaissons qu’il s’agit d’objectifs valides de l’al. 130(1)a, et du système de justice militaire de façon plus générale. Cependant, l’arrêt *Moriarity* ne répond pas à la question de savoir si les objectifs de l’al. 130(1)a et du système de justice militaire — soit le moral, la discipline et l’efficacité des troupes — sont atteints lorsqu’un accusé est privé de son droit à un procès avec jury que garantit l’al. 11f).

[171] Enfin, les juges majoritaires soulignent que le critère du lien de connexité avec le service militaire a été abandonné aux États-Unis et qu’il n’a pas sa place dans le contexte juridique canadien (motifs des juges majoritaires, par. 99). Bien que la Cour suprême des États-Unis, dans une décision partagée, ait renoncé au critère du « lien avec le service militaire », ce critère continue d’être appliqué en pratique au Canada. Le directeur des poursuites militaires (DPM) examine actuellement les facteurs qui doivent être pris en considération lorsqu’il s’agit de déterminer s’il existe un lien militaire permettant d’établir si l’infraction devrait être instruite dans le système de justice militaire (voir le par. 102 des motifs des juges majoritaires pour la liste de ces facteurs). Même s’il est souvent plus facile de tracer une ligne de démarcation nette, nous ne sommes pas d’avis que le critère du lien de connexité avec le service militaire oblige les tribunaux à « se livre[r] à un examen préliminaire compliqué et inutile qui détourne leur attention du fond de l’affaire » (par. 99).

[172] Pour établir s’il existe un lien de connexité avec le service militaire, les tribunaux peuvent être appelés à procéder à des examens minutieux et à prendre des décisions exigeant une réflexion ardue,

v. United States (1987), 483 U.S. 435, at p. 466, who reinforced the need for this exercise:

It should not be surprising that such determinations may at times be difficult or time consuming or require the drawing of narrow distinctions. The trial of any person before a court-martial encompasses a deliberate decision to withhold preodural protections guaranteed by the Constitution. Denial of these protections is a very serious matter . . . This requirement must not be discarded simply because it may be less expeditious than the majority deems appropriate.

[173] Moreover, if there is a difficult determination to be made about whether there is a military connection, courts are better placed to make such determinations rather than leaving it to the discretion of the prosecutor. As stated in *R. v. Nur*, 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773, we cannot be certain that discretion will always be exercised properly, nor should the constitutionality of a legislative provision depend on the confidence that the public prosecutor will act properly (para. 95). The DMP does not share the same guarantees of independence as the Attorney General or the Director of Public Prosecutions, nor is the DMP accountable to Parliament (G. Létourneau and M. W. Drapeau, *Military Justice in Action: Annotated National Defence Legislation* (2nd ed. 2015), at p. 12).

[174] Should a *Charter* right be left to the discretion of the prosecution or should it be determined, in the end, by the courts? The answer must be the latter. The military wishes to retain its discretion and, thereby, to deny to some accused who are members of the armed forces the proper exercise of their rights. The response to this needs to be unequivocal: *Charter* rights are not subject to prosecutorial discretion; rather, they are subject to determination by the courts.

mais nous sommes d'accord avec les juges dissidents de la Cour suprême des États-Unis dans *Solorio v. United States* (1987), 483 U.S. 435, p. 466, qui ont confirmé que cette démarche était nécessaire :

[TRADUCTION] Il ne devrait pas être surprenant que de telles décisions soient parfois difficiles ou accaparantes ou qu'elles exigent l'établissement de fines distinctions. Le procès de quiconque devant une cour martiale comprend la décision délibérée de priver cette personne des protections procédurales que garantit la Constitution. Priver quiconque de ces protections constitue une affaire très sérieuse [. . .] On ne peut écarter simplement cette exigence parce que le processus serait moins rapide que ce que les juges majoritaires estiment approprié.

[173] De plus, dans le cas où il faut prendre la décision difficile d'établir s'il existe un lien de connexité avec le service militaire, il vaut mieux que ce soit les tribunaux qui prennent cette décision puisqu'ils sont mieux placés pour le faire, plutôt que ce soit le poursuivant qui tranche la question en vertu de son pouvoir discrétionnaire. Comme il est indiqué dans *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, nous ne pouvons être certains que le pouvoir discrétionnaire sera toujours exercé convenablement, et la constitutionnalité d'une disposition législative ne saurait dépendre de la confiance qu'on peut avoir que le ministère public agira comme il se doit (par. 95). Le DPM ne bénéficie pas des mêmes garanties d'indépendance que le procureur général ou le directeur des poursuites pénales, et il n'est pas non plus responsable devant le Parlement (G. Létourneau et M. W. Drapeau, *Military Justice in Action : Annotated National Defence Legislation* (2^e éd. 2015), p. 12).

[174] L'application d'un droit garanti par la *Charte* devrait-elle être laissée à la discrétion du poursuivant ou est-ce que ce sont les tribunaux qui devraient ultimement décider si ce droit s'applique? La réponse est que ce sont les tribunaux qui devraient prendre cette décision. Les forces armées veulent conserver leur pouvoir discrétionnaire et, de ce fait, priver certains accusés qui sont membres des forces armées de l'exercice légitime de leurs droits. La réponse doit être sans équivoque : les droits garantis par la *Charte* ne peuvent être assujettis au pouvoir discrétionnaire du poursuivant; ils sont plutôt soumis à la décision des tribunaux.

[175] Furthermore, given that the DMP currently uses a test similar to the military connection test to determine whether a case should proceed in the military justice system, requiring a military connection test as part of a s. 11(f) analysis is unlikely to significantly affect the number of cases heard by civilian courts, such that it would result in further backlogs in civilian courts (Majority Reasons, at para. 104). Such a suggestion is pure speculation. In fact, there may be delays when service members are tried in military courts. A recent audit by the Auditor General of Canada found that “Canadian Armed Forces took too long to resolve many of its military justice cases, with significant impacts in some cases” (*Spring 2018 Reports of the Auditor General of Canada to the Parliament of Canada: Report 3 — Administration of Justice in the Canadian Armed Forces* (2018), at para. 3.10). There is no evidence before us that the military justice system suffers from fewer delays than the civilian system. Even if there were, the possibility of delay is not a proper basis to deny an accused their right to a jury trial.

[176] For these reasons, we conclude that s. 130(1)(a) of the *NDA* infringes s. 11(f) of the *Charter* to the extent that it deprives an accused of the right to trial by jury for serious offences where there is no military connection. We reach this conclusion based on a purposive interpretation of the *Charter* provision: by looking to the purpose of the right, the character and larger objectives of the *Charter*, the wording chosen to articulate the right, and the historical origins of the concepts enshrined. To give effect to the purpose of the jury trial right — both in terms of the accused’s interest in a trial by jury and the community’s interest in participating in the prosecution of serious offences — the offence or the circumstances in which it was committed must have a military connection. We thus interpret “offence under military law” as referring to an offence that is connected to the military in its nature or committed in circumstances sufficiently connected to the military that would directly affect

[175] En outre, étant donné que le DPM utilise actuellement un critère semblable à celui du lien de connexité avec le service militaire pour établir si une affaire devrait être instruite dans le système de justice militaire, le fait d’imposer un tel critère dans le cadre d’une analyse fondée sur l’al. 11f) n’est pas susceptible d’avoir une incidence importante sur le nombre d’affaires instruites par des tribunaux civils, de sorte que cela donnerait lieu à un engorgement supplémentaire des tribunaux civils (motifs des juges majoritaires, par. 104). Une telle proposition n’est que pure conjecture. En fait, il peut y avoir des retards lorsque des membres de l’armée sont jugés par des tribunaux militaires. Selon une vérification récente menée par le vérificateur général du Canada, « les Forces armées canadiennes [ont] mis trop de temps à régler bon nombre des causes relevant de la justice militaire, ce qui a eu des répercussions considérables dans certains cas » (*Printemps 2018 — Rapports du vérificateur général du Canada au Parlement du Canada : Rapport 3 — L’administration de la justice dans les Forces armées canadiennes* (2018), par. 3.10). Nous ne disposons d’aucune preuve que le système de justice militaire souffre de moins de retards que le système civil. Même si tel était le cas, la possibilité qu’il y ait des retards n’est pas un fondement approprié justifiant que l’accusé soit privé de son droit à un procès avec jury.

[176] Pour ces raisons, nous concluons que l’al. 130(1)a) de la *LDN* contrevient à l’al. 11f) de la *Charte* dans la mesure où il prive l’accusé du droit à un procès avec jury relativement à des infractions graves lorsque celles-ci n’ont pas de lien avec le service militaire. Cette conclusion s’appuie sur une interprétation téléologique de la disposition de la *Charte* : elle découle d’un examen de l’objet du droit, de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte*, des termes choisis pour énoncer ce droit et des origines historiques des concepts enchâssés. Pour mettre en œuvre l’objet du droit à un procès avec jury — autant en ce qui a trait à l’intérêt de l’accusé dans la tenue d’un procès avec jury qu’à l’intérêt de la collectivité à participer aux poursuites relatives à des infractions graves — l’infraction ou les circonstances de sa perpétration doivent avoir un lien avec le service militaire. Par conséquent, nous estimons que l’expression « *offence under military*

discipline, efficiency and morale. In our view, absent this military connection, s. 130(1)(a) of the *NDA* violates the right to a jury trial.

B. Guidance on the Military Connection Test

[177] Where an accused is charged with an offence that falls under s. 130(1)(a) of the *NDA* and the accused challenges the military court's jurisdiction on the basis that it would deny their right to a jury trial guaranteed in s. 11(f), the court should ask whether there is a military connection. Has a service member committed an offence in circumstances that are so connected to the military that it would have a direct effect on military discipline, efficiency and morale?

[178] Circumstances sufficiently connected to the military include when an offence is committed in the course of military duty, on military property, or using military property. If an offence is committed in such circumstances, it can generally be inferred that there will be a direct effect on military discipline, efficiency and morale. If the offence is committed when a member is off duty and the offence is not committed on or using military property, it remains open to the prosecution to prove that the offence had a direct effect on military discipline, efficiency and morale, and can therefore be tried by military panel. This may be the case, for example, if the offence involved the flouting of military authority or the contravention of direct orders. The fact that an offence was committed by a service member, on its own, is unlikely to be sufficient to ground a military connection on the basis that its mere commission undermines discipline.

law » s'entend d'une infraction qui, par sa nature, comporte un lien avec le service militaire ou qui a été commise dans des circonstances ayant un lien suffisant avec le service militaire pour influencer directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes. À notre avis, s'il n'y a aucun lien entre l'infraction et le service militaire, l'al. 130(1)a) de la *LDN* viole le droit à un procès avec jury.

B. Indications concernant le critère du lien de connexité avec le service militaire

[177] Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction qui entre dans le champ d'application de l'al. 130(1)a) de la *LDN* et que cet accusé conteste la compétence du tribunal militaire au motif qu'il serait privé de son droit à un procès avec jury que lui garantit l'al. 11f), le tribunal devrait se demander s'il y a un lien entre l'infraction et le service militaire. Le membre des forces armées a-t-il commis une infraction dans des circonstances qui sont à ce point liées au service militaire qu'elle est susceptible d'influer directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes?

[178] De telles circonstances suffisamment reliées au service militaire comprennent la situation où le militaire a commis l'infraction dans l'exécution de ses fonctions, sur une propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire. Lorsqu'une infraction est commise dans de telles circonstances, on peut généralement en inférer qu'elle influera directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes. Si le militaire commet l'infraction alors qu'il n'est pas en fonction, et qu'il ne la commet pas sur la propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire, il demeure loisible à la poursuite de prouver que l'infraction a influé directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes, et qu'elle devrait donc être jugée par un comité militaire. Ce peut être le cas, par exemple, lorsque l'infraction comprend un manquement à l'autorité militaire ou à des ordres directs. À lui seul, le fait que l'infraction ait été commise par un membre des forces armées ne serait probablement pas suffisant pour justifier l'existence d'un lien avec le service militaire au motif que la simple perpétration de cette infraction mine la discipline.

[179] When an offence is committed in a theatre of war, it is presumed that the circumstances will meet the military connection test, as the circumstances require justice to be promptly rendered and civilian courts are unlikely to be available. Offences committed abroad, meanwhile, are dealt with under s. 130(1)(b) of the *NDA*,⁸ as military exigency would require those offences be tried before military courts.

[180] It should be noted that while s. 130 incorporates civilian offences under military jurisdiction, service members can also be charged with offences under ss. 73 to 129 of the *NDA*. Many of the offences under ss. 73 to 129 do not have an analogue in the civilian context, and are specific to the military (*R. v. Hannah*, 2013 CM 2011). Where the offence is specific to the military, such as desertion and insubordination, there is obviously a military connection. However, for offences that are not specific to the military (for example, stealing, under s. 114 of the *NDA*), the military connection test provides guidance on whether there is a sufficient link to the military to proceed before a military court. Thus, where an accused is charged under ss. 73-129, and the accused raises a challenge under s. 11(f) of the *Charter*, a court should consider whether the offence is military in nature, and, if not, whether it occurred in circumstances that are so connected to the military that it would have a direct effect on military discipline, efficiency and morale.

[181] As described above, the community's interest in prosecuting serious offences in civilian courts is protected by the right to a jury trial. This consideration mitigates in favour of interpreting the s. 11(f) exception narrowly. It is not, however, assessed in determining whether there is a military connection

[179] Lorsqu'une infraction est commise en théâtre de guerre, on présume que les circonstances respecteront le critère du lien de connexité avec le service militaire car elles exigent que justice soit rendue rapidement, et il est peu probable que les tribunaux civils aient le temps d'instruire un procès relatif à de telles infractions. Les infractions commises à l'étranger, quant à elles, sont prévues à l'al. 130(1)b de la *LDN*⁸; l'urgence militaire exigerait que ces infractions soient jugées devant des tribunaux militaires.

[180] Il convient de noter que même si l'art. 130 incorpore les infractions civiles à la compétence militaire, les militaires peuvent aussi être accusés d'infractions prévues aux art. 73 à 129 de la *LDN*. Bon nombre de ces infractions n'ont aucun pendant dans le contexte civil, et sont propres au service militaire (*R. c. Hannah*, 2013 CM 2011). Lorsque l'infraction est propre au service militaire, comme la désertion et l'insubordination, le lien avec le service militaire est évident. Cependant, pour ce qui est des infractions qui ne sont pas propres au service militaire (par exemple, le vol, prévu à l'art. 114 de la *LDN*), le critère du lien avec le service militaire donne des indications quant à savoir si l'affaire comporte un lien suffisant avec le service militaire pour être jugée devant un tribunal militaire. Par conséquent, lorsque le militaire est accusé d'une infraction prévue aux art. 73 à 129, et qu'il soulève une contestation fondée sur l'al. 11(f) de la *Charte*, le tribunal doit se demander si l'infraction est de nature militaire et, si elle ne l'est pas, si elle a été commise dans des circonstances qui sont à ce point liées au service militaire qu'elle influencerait directement sur la discipline, l'efficacité et le moral des troupes.

[181] Comme nous l'avons décrit plus tôt, l'intérêt de la collectivité à l'égard des poursuites relatives aux infractions graves devant des tribunaux civils est protégé par le droit à un procès avec jury. Cette considération milite en faveur d'une interprétation restrictive de l'al. 11(f). Cependant, le tribunal ne tient

⁸ "An act or omission . . . 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)."

⁸ « Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission [...] 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). »

for the purposes of s. 11(f), as the s. 11(f) right is exercised by the accused. Where there is a military connection, and there is therefore concurrent jurisdiction, these considerations may inform the choice about which forum is the more appropriate. In practice, the DMP does consider the degree of civilian community interest in the case and the views of the victim in assessing whether the offence should be tried by military tribunal, as it is relevant to determine whether a civilian court is better suited to hear a case. For example, there may be community interest in seeing sexual assault offences tried before civilian courts, given the recent investigation into deficiencies in sexual assault prosecutions in the military justice system. (For a summary of these concerns, see: M. W. Drapeau, *Sexual Assaults in the Canadian Military: Is the Military Making Headway?*, April 30, 2018 (online), submitted to the National Security and Defence Committee, Senate of Canada; see also M. Deschamps, *External Review into Sexual Misconduct and Sexual Harassment in the Canadian Armed Forces*, March 27, 2015 (online).)

[182] In sum, when an accused is charged under s. 130(1)(a) of the *NDA*, courts must determine whether there is a sufficiently direct connection between the circumstances of the offence and the military. To determine whether there is a sufficiently direct connection, a court should consider whether the offence was committed while the accused was on duty, on military property or using military property. If so, a court may infer that the circumstances of the offence have a direct impact on military efficiency, discipline and morale. The prosecution may point to other circumstances of the offence to show that the circumstances of the offence would have a direct impact on military efficiency, discipline and morale.

C. Section 1 Analysis

[183] Without a military connection, subsuming civilian offences under military jurisdiction through

pas compte de cette considération lorsqu'il établit s'il existe un lien de connexité avec le service militaire au titre de l'al. 11f), car le droit prévu à l'al. 11f) est exercé par l'accusé. Lorsqu'il existe un lien de connexité avec le service militaire, et qu'il y a donc compétence concurrente, ces considérations peuvent guider le choix du ressort qui est le plus approprié. En pratique, le DPM prend effectivement en considération le degré d'intérêt de la collectivité civile dans l'affaire dont il est saisi ainsi que l'avis de la victime lorsqu'il évalue si l'infraction devrait être jugée par un tribunal militaire, puisque ces éléments sont pertinents pour établir si un tribunal civil est mieux placé pour instruire l'affaire. Par exemple, la collectivité peut avoir un intérêt à ce que les infractions d'agressions sexuelles soient jugées par des tribunaux civils, étant donné l'enquête récente sur les lacunes dans les poursuites pour agressions sexuelles devant les tribunaux militaires. (Pour un résumé de ces considérations, voir : M. W. Drapeau, *Sexual Assaults in the Canadian Military : Is the Military Making Headway?*, 30 avril 2018 (en ligne), présenté au Comité sur la sécurité nationale et la défense, Sénat du Canada; voir aussi M. Deschamps, *Examen externe sur l'inconduite sexuelle et le harcèlement sexuel dans les Forces armées canadiennes*, 27 mars 2015 (en ligne).)

[182] En résumé, lorsqu'un militaire est accusé en vertu de l'al. 130(1)a) de la *LDN*, les tribunaux doivent établir s'il existe un lien suffisamment direct entre les circonstances de l'infraction et le service militaire. Pour ce faire, le tribunal doit se demander si le militaire a commis l'infraction dans l'exécution de ses fonctions, sur une propriété militaire ou en utilisant une propriété militaire. Dans l'affirmative, le tribunal peut en inférer que les circonstances de l'infraction influent directement sur l'efficacité, la discipline et le moral des troupes. La poursuite peut indiquer d'autres circonstances de l'infraction pour montrer que celles-ci influeraient directement sur l'efficacité, la discipline et le moral des troupes.

C. Analyse fondée sur l'article premier

[183] Le fait d'inclure à la compétence militaire des infractions civiles qui n'ont pas de lien de connexité

s. 130(1)(a) infringes s. 11(f) of the *Charter*. The burden is on the Crown to show that the infringement is saved by s. 1 of the *Charter*. Here, the Crown concedes that if s. 130(1)(a) is found to breach s. 11(f), it cannot be saved by s. 1 (Crown Factum, at para. 67).

[184] Indeed, it is difficult to contemplate that such an infringement could be justified under s. 1.

[185] The objective of s. 130(1)(a) — to maintain discipline, efficiency and morale in the armed forces — is sufficiently important to pass the “pressing and substantial” objective prong of the test laid out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Further, as noted by this Court in *Moriarity*, s. 130(1)(a) is rationally connected to this objective. However, incorporating civilian offences under military jurisdiction without permitting a jury trial for serious offences cannot pass the minimal impairment prong of the *Oakes* analysis for the reasons articulated by McIntyre J. in *MacKay*: “It is not necessary for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent” (p. 408). Maintaining discipline, efficiency and morale by incorporating penal offences without a military connection does not impair the right to a trial by jury as little as possible.

[186] The historical account shows that concern for military efficiency and the related matter of discipline was a thread in the development of military court jurisdiction. However, trying civilian offences in military courts that are unrelated to the military may have the *opposite* effect on discipline and on morale when the right to a jury trial is removed. Common sense dictates that denying rights can undermine, not enhance morale. In *Re Colonel Aird*, [2004] HCA 44, 209 A.L.R. 311, Justices Callinan and Heydon, in dissent, noted that discipline is not

avec le service militaire au moyen de l’al. 130(1)a porte atteinte au droit garanti par l’al. 11f) de la *Charte*. Il incombe à la Couronne de prouver que l’atteinte est justifiée au regard de l’article premier de la *Charte*. En l’espèce, la Couronne admet que s’il est conclu que l’al. 130(1)a contrevient à l’al. 11f), il ne peut être justifié au regard de l’article premier (mémoire de la Couronne, par. 67).

[184] De fait, il est difficile de concevoir qu’une telle atteinte puisse être justifiée au regard de l’article premier.

[185] L’objectif de l’al. 130(1)a — soit de maintenir la discipline, l’efficacité et le moral des troupes — est suffisamment important pour satisfaire au volet de l’objectif « réel et urgent » du critère énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. De plus, comme notre Cour l’a noté dans *Moriarity*, l’al. 130(1)a a un lien rationnel avec cet objectif. Cependant, l’incorporation des infractions civiles à la compétence des tribunaux militaires sans permettre que l’accusé bénéficie d’un procès avec jury pour des infractions graves ne peut satisfaire au volet de l’atteinte minimale de l’analyse établie dans *Oakes* pour les raisons qu’a énoncées le juge McIntyre dans *MacKay* : « Pour atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n’est pas nécessaire d’étendre autant la compétence des tribunaux militaires » (p. 408). Le maintien de la discipline, de l’efficacité et du moral des troupes au moyen de l’incorporation des infractions pénales sans qu’elles aient un lien de connexité avec le service militaire ne constitue pas une atteinte minimale au droit à un procès avec jury.

[186] Le compte rendu historique montre que la préoccupation relative à l’efficacité militaire et à la question connexe de la discipline a été l’un des éléments qui a influencé l’évolution de la compétence des tribunaux militaires. Cependant, le fait que ce soit des tribunaux militaires qui jugent des infractions civiles n’ayant aucun lien avec le service militaire peut avoir l’effet *opposé* sur la discipline et le moral des troupes lorsque le droit à un procès avec jury est retiré. Il va de soi que la négation de droits peut miner le moral des troupes, et non le

advanced by the removal of fundamental procedural rights without good reason:

But it may be assumed that the importance of morale in a defence force is no doubt very great. It is likely to be put at serious risk however if charges against soldiers in respect of criminal misconduct committed on leave in a foreign country in circumstances totally unrelated to their military activities and duties, are to be heard and determined by court martial in Australia without a jury. Indeed, the knowledge that the military authorities have the right to intrude into the private life of soldiers, and to discipline them in military proceedings for conduct far removed from their military service, and that in such proceedings there is no right to a committal and a jury, is likely to prove a disincentive to enlistment itself, let alone to morale. [Emphasis added; para. 167.]

[187] It is not obvious that trying ordinary offences in military courts will improve military discipline, efficiency and morale. In fact, doing so may have the opposite effect. The independence of civilian courts can enhance the confidence of military members in how criminal matters are treated. Further, research suggests that in the military, discipline that is seen to be applied inequitably as between service members and civilians can lead to increased offending (P. T. Collins, “Civil-Military ‘Legal’ Relations: Where to from Here? — The Civilian Courts and the Military in the United Kingdom, United States and Australia”, in *International Humanitarian Law Series* (2018), vol. 51, at p. 279; see also J. Crowe and S. Ratnapala, “Military Justice and Chapter III: The Constitutional Basis of Courts Martial” (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 161, at p. 177). Service members who do not get certain procedural safeguards guaranteed to civilians, including a right to a jury trial, may see this as an inequity.

renforcer. Dans *Re Colonel Aird*, [2004] HCA 44, 209 A.L.R. 311, les juges Callinan et Heydon, dissidents, ont noté que le retrait de droits procéduraux fondamentaux sans raison valable ne favorise pas la discipline :

[TRADUCTION] Mais on peut supposer que l’importance du moral au sein d’une force de défense est sans aucun doute très grande. Cependant, il est susceptible d’être gravement compromis si des accusations contre des soldats concernant des actes criminels commis pendant qu’ils étaient en congé dans un pays étranger dans des circonstances sans aucun lien avec leurs activités et fonctions militaires devaient être instruites et tranchées par une cour martiale en Australie sans jury. Effectivement, le fait de savoir que les autorités militaires ont le droit de s’introduire dans la vie privée des soldats, et de leur faire subir une instance militaire pour un comportement très éloigné du service militaire, et que dans une telle instance ils n’auraient pas le droit à un procès avec jury, est susceptible de dissuader les gens de s’enrôler, en plus de miner le moral des troupes. [Nous soulignons; par. 167.]

[187] Il ne nous apparaît pas évident que le fait que les infractions ordinaires soient jugées devant des tribunaux militaires améliorera la discipline, l’efficacité et le moral des troupes. En fait, cela pourrait avoir l’effet contraire. L’indépendance des tribunaux civils peut faire en sorte que les militaires aient une plus grande confiance dans la façon dont les affaires criminelles sont traitées. En outre, la recherche suggère que, au sein des forces armées, la perception selon laquelle la discipline est appliquée inégalement entre les membres du service et les civils peut donner lieu à un plus grand nombre d’infractions (P. T. Collins, « Civil-Military “Legal” Relations : Where to from Here? — The Civilian Courts and the Military in the United Kingdom, United States and Australia », dans *International Humanitarian Law Series* (2018), vol. 51, p. 279; voir aussi J. Crowe et S. Ratnapala, « Military Justice and Chapter III : The Constitutional Basis of Courts Martial » (2012), 40 *Fed. L. Rev.* 161, p. 177). Les militaires qui ne jouissent pas de certaines garanties procédurales dont bénéficient les civils, notamment le droit à un procès avec jury, pourraient y voir une iniquité.

[188] The above highlights that s. 130(1)(a) is not carefully tailored to its objectives — it impairs the right to a jury trial more than is reasonably necessary. A minimally impairing alternative would have been to try penal offences by military panel only where the circumstances in which it was committed are directly connected to the military. Such a connection would be more properly tailored to the goals of maintaining discipline, efficiency and morale.

D. *Reading In Is the Appropriate Remedy*

[189] The appropriate remedy is to read a military connection requirement into s. 130(1)(a). We note that neither party has put forward this position. The accused persons' request that s. 130(1)(a) of the *NDA* be declared inoperative does not follow as the appropriate remedy given the exception in s. 11(f). Consistent with the reasoning in *Stillman*, we share the view that reading in a military connection requirement is the appropriate remedy.

[190] The remedy of reading in is appropriate where it would further respect for the role of the legislature and the purposes of the *Charter* (*Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at p. 56).

[191] In our opinion, reading in a military connection requirement is faithful to the legislative objective of s. 130(1)(a). Granting military courts jurisdiction where appropriate, while respecting the right to a jury trial, recognizes the objective of s. 130(1)(a) of maintaining discipline, efficiency and morale. Respecting an individual's *Charter* rights better supports discipline and morale, as discussed above.

[188] Les énoncés qui précèdent font ressortir que l'al. 130(1)a n'est pas soigneusement adapté à ses objectifs — il porte atteinte au droit à un procès avec jury plus que ce qui est raisonnablement nécessaire. Une autre solution, qui n'aurait emporté qu'une atteinte minimale, aurait été que les infractions pénales soient jugées par un comité militaire seulement lorsqu'il y a un lien direct entre les circonstances dans lesquelles l'infraction a été commise et le service militaire. Un tel lien serait plus adapté aux objectifs de maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes.

D. *La réparation qui convient est l'interprétation extensive*

[189] La réparation qui convient est l'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire à l'al. 130(1)a). Nous signalons qu'aucune partie n'a énoncé cette position. Il s'ensuit que la demande qu'ont formulée les accusés voulant que l'al. 130(1)a) de la *LDN* soit déclarée inapplicable n'est pas la réparation qui convient compte tenu de l'exception prévue à l'al. 11f). Conformément au raisonnement adopté dans *Stillman*, nous croyons que l'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire est la réparation qu'il convient d'appliquer.

[190] L'interprétation extensive est une réparation appropriée lorsqu'elle contribuerait au respect du rôle du législateur et des objets de la *Charte* (*Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, p. 56).

[191] À notre avis, l'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire est fidèle à l'objectif de l'al. 130(1)a). L'attribution de compétence aux tribunaux militaires lorsque cela est approprié, dans le respect du droit à un procès avec jury, est conforme à l'objectif de l'al. 130(1)a), soit le maintien de la discipline, de l'efficacité et du moral des troupes. Le respect des droits que garantit la *Charte* à toute personne est la façon la plus efficace d'assurer la discipline et le moral des troupes, comme nous l'avons déjà expliqué.

[192] Reading in is preferable as a remedy to striking down s. 130(1)(a), as it “immediately reconciles the legislation in question with the requirements of the *Charter*” (*Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 716). As s. 130(1)(a) deals with a large number of service offences, striking down the provision would create a void. Given the nature of the *Charter* breach, reading in a military connection avoids unnecessarily limiting those proceedings that may be held before military courts; it is also not an undue intrusion into the legislative sphere.

[193] When an accused is charged with an offence where the maximum punishment is imprisonment for five years or a more severe punishment, a military court must read s. 130(1)(a) as follows to determine whether it can try the offence alleged:

130 (1) An act or omission committed by a service member that is military in nature or is committed in circumstances directly connected to the military

(a) that takes place in Canada and is 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 subsections (2).

IV. Conclusion

[194] Section 130(1)(a) is constitutional with respect to s. 11(f) of the *Charter* if we read in a military connection test. To give effect to the purpose of the jury trial right — both in terms of the accused’s interest in a trial by jury and the community’s interest in participating in the prosecution of serious offences — the offence must have a military connection. Accordingly, we interpret “offence under military law” as referring to an offence that is military in nature or committed in circumstances connected

[192] L’interprétation extensive est une réparation préférable à l’invalidation de l’al. 130(1)a), car elle « permet d’harmoniser immédiatement la loi en question avec les exigences de la *Charte* » (*Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, p. 716). Étant donné que l’al. 130(1)a) vise un grand nombre d’infractions d’ordre militaire, l’invalidation de la disposition créerait un vide. En raison de la nature de l’atteinte au droit garanti par la *Charte*, l’inclusion par voie d’interprétation extensive d’un lien de connexité avec le service militaire évite que soient limitées, sans que cela soit nécessaire, les instances qui peuvent être tenues devant les tribunaux militaires; il ne s’agit pas non plus d’un empiétement injustifié dans la sphère législative.

[193] Lorsqu’un militaire est accusé d’une infraction pour laquelle la peine maximale est un emprisonnement de cinq ans ou plus, le tribunal militaire devrait lire l’al. 130(1)a) de la façon suivante afin d’établir s’il peut juger l’infraction reprochée :

130 (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission commis par un militaire qui est de nature militaire ou qui est commis dans des circonstances directement liées au service militaire :

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

...

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

IV. Conclusion

[194] L’alinéa 130(1)a) est constitutionnel au regard de l’al. 11f) de la *Charte* si nous incluons, par interprétation extensive, une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire. Pour donner effet à l’objet du droit à un procès avec jury — à la fois pour ce qui est de l’intérêt de l’accusé à avoir un procès avec jury et de l’intérêt de la collectivité à participer aux poursuites relatives à des infractions graves — l’infraction doit avoir un lien avec le service militaire. En conséquence, selon notre

to the military. In our view, absent this military connection, s. 130(1)(a) of the *NDA* violates the s. 11(f) *Charter* right to a jury trial.

[195] We would allow the appeals in *Stillman*, allow the appeal in *Beaudry* in part, and replace the Court Martial Appeal Court's order in *Beaudry* of a declaration of invalidity with an order to read in a military connection requirement to s. 130(1)(a).

Appeals in Stillman dismissed, KARAKATSANIS and ROWE JJ. dissenting.

Appeal in Beaudry allowed, KARAKATSANIS and ROWE JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellants (37701) and respondent (38308): Defence Counsel Services, Gatineau.

Solicitor for the respondents (37701) and the appellant (38308): Canadian Military Prosecution Service, Ottawa.

Solicitors for the intervenor Advocates for the Rule of Law (37701 and 38308): McCarthy Tétrault, Toronto.

interprétation, les termes « *offence under military law* » s'entendent d'une infraction de nature militaire ou commise dans des circonstances liées au service militaire. À notre avis, s'il n'y a aucun lien entre l'infraction et le service militaire, l'al. 130(1)a) de la *LDN* viole le droit à un procès avec jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte*.

[195] Nous sommes d'avis d'accueillir les pourvois dans *Stillman*, d'accueillir en partie le pourvoi dans *Beaudry* et de remplacer l'ordonnance relative à la déclaration d'invalidité que la Cour d'appel de la cour martiale a prononcée dans *Beaudry* par une ordonnance d'inclusion, par voie d'interprétation extensive, d'une exigence relative au lien de connexité avec le service militaire à l'al. 130(1)a).

Pourvois dans Stillman rejetés, les juges KARAKATSANIS et ROWE sont dissidents.

Pourvoi dans Beaudry accueilli, les juges KARAKATSANIS et ROWE sont dissidents en partie.

Procureur des appelants (37701) et de l'intimé (38308) : Services d'avocats de la défense, Gatineau.

Procureur des intimés (37701) et de l'appelante (38308) : Service canadien des poursuites militaires, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant Advocates for the Rule of Law (37701 et 38308) : McCarthy Tétrault, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

R.V. *Respondent*

and

**Ending Violence Association of Canada and
Criminal Lawyers' Association of Ontario**
Intervenors

INDEXED AS: R. v. R.V.

2019 SCC 41

File No.: 38286.

2019: March 20; 2019: July 31.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Brown, Rowe and Martin JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO**

Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with sexual assault and sexual interference — Crown introducing evidence of complainant's sexual activity — Accused's application to challenge Crown's evidence by cross-examining complainant dismissed — Accused convicted — Whether accused was entitled to cross-examine complainant on Crown-led evidence relative to her sexual activity — If so, whether curative proviso should be applied — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Continuation of proceedings — Application judge dismissing application by accused to cross-examine complainant on Crown-led evidence of complainant's sexual activity — Proceedings continued before different judge — Trial judge refusing to rehear accused's application — Whether trial judge had jurisdiction to reconsider application — Whether material change in circumstances warranted reconsideration of application — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 669.2.

The accused was charged with sexual assault and sexual interference. During pre-trial proceedings, he applied under s. 276 of the *Criminal Code* for permission to cross-examine the complainant about her prior sexual activity

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

R.V. *Intimé*

et

**Association canadienne contre la violence et
Criminal Lawyers' Association of Ontario**
Intervenantes

RÉPERTORIÉ : R. c. R.V.

2019 CSC 41

N° du greffe : 38286.

2019 : 20 mars; 2019 : 31 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Brown, Rowe et Martin.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE
L'ONTARIO**

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Comportement sexuel de la plaignante — Accusé inculpé d'agression sexuelle et de contacts sexuels — Preuve d'une activité sexuelle de la plaignante présentée par le ministère public — Rejet de la demande de l'accusé pour contester la preuve à charge en contre-interrogeant la plaignante — Accusé déclaré coupable — L'accusé avait-il le droit de contre-interroger la plaignante relativement à la preuve présentée par le ministère public sur son activité sexuelle? — Si oui, la disposition réparatrice devrait-elle être appliquée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276, 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Procès — Continuation des procédures — Rejet de la demande de l'accusé pour contre-interroger la plaignante sur la preuve à charge relative à son activité sexuelle par la juge saisie de la demande — Continuation des procédures devant un autre juge — Refus par le juge du procès de réentendre la demande de l'accusé — Le juge du procès avait-il compétence pour ré-examiner la demande? — Un changement important de circonstances justifiait-il le réexamen de la demande? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 669.2.

L'accusé a été inculpé pour agression sexuelle et contacts sexuels. Durant les procédures préalables au procès, il a demandé, en application de l'art. 276 du *Code criminel*, l'autorisation de contre-interroger la plaignante au

because the Crown intended to rely on the complainant's pregnancy as evidence of sexual contact with the accused. The application judge dismissed the accused's s. 276 application. After the *voir dire* and prior to trial, the application judge invoked s. 669.2 of the *Criminal Code* and the trial continued before another judge. At the outset of the trial, the trial judge declined the accused's request to re-litigate the s. 276 application. The accused was convicted of sexual interference. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial. In the Court of Appeal's view, it was patently unfair for the Crown to rely on the pregnancy as confirming the complainant's story while preventing the accused from challenging this inference. The court also held that the trial judge's conclusion that he was bound by the initial s. 276 ruling was incorrect. It ordered a new trial.

Held (Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis and Martin JJ.: The application judge erred in dismissing the accused's s. 276 application and the trial judge erred in concluding that he was bound by the initial s. 276 ruling. The ability to cross-examine the complainant was fundamental to the accused's right to make full answer and defence. However, no miscarriage of justice occurred since the cross-examination that was permitted and actually occurred allowed the defence to test the evidence with sufficient rigour.

Sexual assault trials raise unique challenges in protecting the integrity of the trial and balancing the societal interests of both the accused and the complainant. Parliament and the courts have responded to these challenges by setting out rules of evidence tailored to this context. Section 276 of the *Criminal Code* governs the accused's right to introduce evidence regarding the complainant's prior sexual activity. Such evidence is never admissible to support the twin myths that the complainant is less worthy of belief or more likely to have consented to the sexual activity in question. In order to respect the presumption of innocence and the accused's right to make full answer and defence, evidence may be adduced for other relevant purposes but must satisfy rigorous criteria to ensure it does not undermine the integrity of the trial or the complainant's dignity and privacy. The requirements of s. 276 apply with equal force regardless of whether

sujet de son comportement sexuel antérieur, parce que le ministère public entendait s'appuyer sur la grossesse de la plaignante comme preuve d'un contact sexuel avec lui. La juge saisie de la demande fondée sur l'art. 276 l'a rejetée. Après le *voir-dire* et avant le procès, la juge saisie de la demande a invoqué l'art. 669.2 du *Code criminel*, et le procès s'est poursuivi devant un autre juge. À l'ouverture du procès, le juge a rejeté la demande de l'accusé pour que celle fondée sur l'art. 276 soit plaidée de nouveau. L'accusé a été déclaré coupable de contacts sexuels. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. À son avis, il était manifestement injuste que le ministère public s'appuie sur la grossesse pour confirmer le récit de la plaignante tout en empêchant l'accusé de contester cette inférence. La Cour d'appel a également jugé que la conclusion du juge du procès selon laquelle il était lié par la décision initiale fondée sur l'art. 276 était erronée. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (les juges Brown et Rowe sont dissidents) : L'appel est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin : La juge saisie de la demande a commis une erreur en rejetant la demande de l'accusé fondée sur l'art. 276 et le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il était lié par la décision initiale fondée sur l'art. 276. La possibilité de contre-interroger la plaignante était un élément fondamental du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Toutefois, il n'y a eu aucune erreur judiciaire puisque le contre-interrogatoire qui a été autorisé et qui a effectivement eu lieu a permis à la défense de vérifier la preuve avec suffisamment de rigueur.

Les procès pour agression sexuelle posent des défis particuliers touchant la protection de l'intégrité du procès ainsi que la mise en balance des intérêts sociétaux de l'accusé et de la plaignante. Devant ces difficultés, le législateur et les tribunaux ont établi des règles de preuve adaptées à ce contexte. L'article 276 du *Code criminel* régit le droit de l'accusé d'introduire une preuve portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Une telle preuve n'est jamais admissible pour étayer les deux mythes voulant que la plaignante soit moins digne de foi ou plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en question. Pour respecter la présomption d'innocence ainsi que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, une preuve peut être présentée à d'autres fins pertinentes, mais doit satisfaire à des critères rigoureux pour qu'elle ne mine pas l'intégrité du procès ou la dignité et la vie privée de la plaignante. Les exigences de

the accused seeks to introduce evidence to establish a defence or to challenge inferences urged by the Crown. Before evidence of a complainant's sexual history may be introduced, the court must carefully scrutinize the potential evidence.

Individuals charged with criminal offences are presumed innocent until proven guilty; accordingly, an accused has the right to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the prosecution's evidence. Full answer and defence is a principle of fundamental justice, protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A key element of full answer and defence is the right to cross-examine the Crown's witnesses without significant and unwarranted restraint. In certain circumstances, cross-examination may be the only way to get at the truth. The fundamental importance of cross-examination is reflected in the general rule that counsel is permitted to ask any question for which they have a good faith basis. Uncertainty of result does not deprive a line of questioning of its probative value.

However, the right to cross-examine is not unlimited. Cross-examination questions must be relevant and their prejudicial effect must not outweigh their probative value. Section 276 requires that the accused's right to make full answer and defence be balanced with the dangers that cross-examination may pose to the complainant's privacy and dignity and the integrity of the trial process. This is because inquiries into any individual's sexual history are highly intrusive. In addition, testifying in a sexual assault case can be traumatizing and harmful to complainants.

Where challenging the Crown's evidence of the complainant's sexual history directly implicates the accused's ability to raise a reasonable doubt, cross-examination becomes fundamental to the accused's ability to make full answer and defence and must be allowed in some form. The more important evidence is to the defence, the more weight must be given to the rights of the accused. However, since permitting an accused to question a complainant on such matters treads on dangerous grounds, raising both dignity and privacy concerns, judges must tightly control such cross-examinations to minimize those risks.

l'art. 276 s'appliquent tout autant lorsque l'accusé cherche à introduire un élément de preuve pour établir un moyen de défense que lorsqu'il conteste des inférences mises de l'avant par le ministère public. Avant qu'une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante puisse être introduite, le tribunal doit examiner de façon minutieuse la preuve que l'on veut présenter.

Les personnes accusées d'infractions criminelles sont présumées innocentes jusqu'à ce que leur culpabilité soit établie; tout accusé a donc le droit de présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir un moyen de défense ou de contester la preuve de la poursuite. La défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale, protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière est le droit de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées. Dans certaines situations, il se peut que le contre-interrogatoire soit le seul moyen de découvrir la vérité. L'importance fondamentale du contre-interrogatoire est reflétée par la règle générale selon laquelle un procureur peut poser toute question, pourvu qu'il le fasse de bonne foi. L'incertitude du résultat ne prive pas une série de questions de sa pertinence.

Toutefois, le droit de contre-interroger n'est pas illimité. Les questions posées en contre-interrogatoire doivent être pertinentes et leur effet préjudiciable ne doit pas excéder leur valeur probante. L'article 276 exige que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière soit mis en balance avec les risques d'atteinte que le contre-interrogatoire peut poser à la vie privée et à la dignité de la plaignante ainsi qu'à l'intégrité du processus judiciaire. Cela découle du fait que les questions sur le comportement sexuel antérieur de tout individu sont très intrusives. En outre, témoigner dans une affaire d'agression sexuelle peut être traumatisant et nocif pour les plaignantes.

Lorsque la contestation de la preuve présentée par le ministère public du comportement sexuel antérieur de la plaignante a une incidence directe sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable, le contre-interrogatoire devient primordial pour la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et il doit être autorisé sous une forme ou sous une autre. Plus la preuve est importante pour la défense, plus il faut donner de poids aux droits de l'accusé. Toutefois, puisque permettre à un accusé d'interroger une plaignante sur de tels sujets comporte des risques qui soulèvent des préoccupations relatives tant à la dignité qu'à la vie privée, les juges doivent exercer un contrôle serré de tels contre-interrogatoires pour minimiser ces risques.

Broad exploratory questioning is never permitted under s. 276. Where targeted cross-examination of the complainant is permitted, trial judges must strike a delicate balance between giving counsel sufficient latitude to conduct effective cross-examination and minimizing any negative impacts on the complainant and the trial process. Proposed questions should be canvassed in advance and may be reassessed based upon the answers received. In certain cases, it may even be appropriate to approve specific wording.

Section 276(1) and the common law principles apply to Crown-led evidence of a complainant's sexual history. Where the accused's s. 276 application relates to Crown-led evidence, it would be prudent to consider both the Crown's proposed use of the evidence and any challenges proposed by the accused at the same time.

Section 276(2)(a) requires the accused to identify "specific instances of sexual activity" to avoid unnecessary incursions into the sexual life of the complainant. The words "specific instances of sexual activity" must be read purposively and contextually. They limit admissible evidence to discrete sexual acts, and protect against misuse of general reputational evidence to discredit the complainant and distort the trial process. The "specific instances" requirement is buttressed by the procedural aspects of a s. 276 application, which require the accused to set out "detailed particulars" of the evidence to be adduced. By requiring "detailed particulars", the *Criminal Code* ensures that judges are equipped to meaningfully engage with the s. 276 analysis and that defence evidence does not take the Crown or complainant by surprise. However, s. 276(2)(a) does not always require an accused to come before the court armed with names, dates and locations. Requiring such details may, in some cases, be unduly intrusive, defeating one of the provision's most important objectives. The degree of specificity required depends on the circumstances of the case, the nature of the sexual activity that the accused seeks to adduce and the use to be made of that evidence. Caution must be exercised where the proposed inquiry captures a broad range of sexual activity and is limited only by a specified timeframe.

In this case, the complainant testified that she was a virgin at the time of the assault. The Crown introduced evidence of her subsequent pregnancy and the approximate date of conception to support the complainant's

Suivant l'article 276, il n'est jamais permis de se livrer à un interrogatoire exploratoire tous azimuts. Lorsqu'un contre-interrogatoire ciblé de la plaignante est permis, le juge du procès doit établir un équilibre délicat qui consiste à donner au procureur la latitude suffisante pour mener un contre-interrogatoire efficace tout en minimisant tout effet négatif sur la plaignante et sur le processus judiciaire. Les questions proposées doivent être examinées à l'avance et peuvent être réévaluées en fonction des réponses reçues. Dans certains cas, il peut même être opportun d'approuver une formulation précise.

Le paragraphe 276(1) et les principes de common law s'appliquent à la preuve présentée par le ministère public au sujet du comportement sexuel antérieur d'une plaignante. Dans les cas où la demande de l'accusé fondée sur l'art. 276 a trait à un élément de preuve présenté par le ministère public, il serait prudent d'examiner en même temps l'utilisation que compte faire ce dernier de cette preuve et les contestations que l'accusé lui oppose.

L'alinéa 276(2)a oblige l'accusé à identifier des « cas particuliers d'activité sexuelle » pour éviter les incursions inutiles dans la vie sexuelle de la plaignante. Les mots « cas particuliers d'activité sexuelle » doivent être interprétés de manière téléologique et contextuelle. Ils limitent la preuve admissible à des actes sexuels distincts, et protègent contre la mauvaise utilisation d'une preuve générale de réputation visant à discréditer la plaignante et à dénaturer le procès. L'exigence des « cas particuliers » est renforcée par les aspects procéduraux d'une demande fondée sur l'art. 276, qui oblige l'accusé à énoncer « toutes précisions » au sujet de la preuve en cause. En exigeant « toutes précisions », le *Code criminel* fait en sorte que les juges sont bien outillés pour faire l'analyse qui s'impose en application de l'art. 276 et que la preuve de la défense ne prend pas le ministère public ou la plaignante par surprise. Toutefois, l'alinéa 276(2)a n'oblige pas toujours l'accusé à se présenter devant le tribunal muni de noms, de dates et de lieux. Il pourrait, dans certains cas, être indûment intrusif d'exiger de telles précisions, frustrant ainsi un des objectifs les plus importants de la disposition. Le degré de précision requis dépend des circonstances de l'affaire, de la nature de l'activité sexuelle que l'accusé cherche à mettre en preuve et de l'utilisation qui sera faite de cette preuve. La prudence s'impose lorsque l'enquête proposée porte sur un large éventail d'activités sexuelles et n'est limitée que par un intervalle de temps précis.

En l'espèce, la plaignante a affirmé dans son témoignage qu'elle était vierge au moment de l'agression. Le ministère public a introduit une preuve de sa grossesse subséquente et de la date approximative de la conception

testimony that she was sexually assaulted by the accused. The presumption of innocence requires that the accused be permitted to test such critical, corroborating physical evidence before it can be relied on to support a finding of guilt. Given the accused's denial of any sexual contact with the complainant, and the lack of other evidence of paternity, the ability to cross-examine the complainant was fundamental to his right to make full answer and defence. It would be unfair for the Crown to rely on the complainant's testimony that the accused caused the pregnancy while at the same time preventing the accused from challenging the complainant's account. Furthermore, the accused's request to cross-examine the complainant satisfied the "specific instances" requirement of s. 276(2)(a) because it was sufficiently detailed to permit the judge to apply the regime. The cross-examination sought to establish that the pregnancy was caused by sexual activity other than the alleged assault. The Crown-led evidence implicated a specific sexual act, namely activity capable of causing pregnancy within a particular timeframe.

Section 669.2 of the *Criminal Code* does not displace the general rule that a trial judge has discretion to reconsider rulings made earlier in the proceedings if there is a material change of circumstances. An order related to the conduct of trial may be varied or revoked if there is a material change of circumstances as s. 276 continues to operate even after an initial evidentiary ruling has been rendered. In this case, the trial judge held that he could not re-consider the ruling and also observed that no material change of circumstances had occurred between the s. 276 ruling and the start of trial. Given the trial judge's decision, counsel for the accused may have thought it would be futile to apply for a re-consideration, even if the circumstances changed during the trial.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* permits a court of appeal to dismiss an appeal from a conviction where "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". Applying the curative proviso is appropriate in two circumstances: (1) where the error is harmless or trivial; or (2) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would inevitably convict. Because cross-examination is a key element of the right to make full answer and defence, a failure to allow relevant cross-examination will almost always be grounds for a new trial. In this case, a correct balancing of the interests set out in

pour étayer le témoignage de la plaignante selon lequel elle avait été agressée sexuellement par l'accusé. La présomption d'innocence exige que l'accusé soit autorisé à vérifier la fiabilité de cet élément de preuve matérielle corroborante si cruciale, avant que l'on puisse s'y fier pour étayer une conclusion de culpabilité. Puisque l'accusé a nié avoir eu quelque contact sexuel que ce soit avec la plaignante, et en l'absence de toute autre preuve de paternité, la possibilité de contre-interroger la plaignante était un élément fondamental de son droit de présenter une défense pleine et entière. Il serait injuste que le ministère public s'appuie sur le témoignage de la plaignante selon lequel l'accusé a causé la grossesse tout en empêchant l'accusé de contester le récit de la plaignante. De plus, la demande de l'accusé pour contre-interroger la plaignante satisfaisait à la condition relative aux « cas particuliers » visés à l'al. 276(2)a), parce qu'elle était suffisamment détaillée pour permettre à la juge d'appliquer le régime. Le contre-interrogatoire visait à établir que la grossesse avait été causée par une activité sexuelle autre que l'agression alléguée. La preuve présentée par le ministère public avait fait état d'un acte sexuel en particulier, à savoir une activité capable de causer la grossesse dans un intervalle de temps déterminé.

L'article 669.2 du *Code criminel* n'écarte pas la règle générale selon laquelle le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de réexaminer les décisions prises antérieurement dans l'instance s'il y a un changement important des circonstances. Une ordonnance relative à l'instruction du procès peut être modifiée ou révoquée s'il y a un changement important des circonstances puisque l'art. 276 continue à s'appliquer, même après le prononcé de la décision initiale sur la preuve. En l'espèce, le juge du procès a conclu qu'il ne pouvait pas réexaminer la décision et a aussi noté qu'aucun changement important des circonstances n'était survenu entre la décision fondée sur l'art. 276 et l'ouverture du procès. Compte tenu de la décision du juge du procès, le procureur de l'accusé a pu penser qu'il aurait été futile de demander un réexamen, même si la situation changeait en cours de procès.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* permet à une cour d'appel de rejeter un appel d'une déclaration de culpabilité lorsqu'« aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ». L'application de la disposition réparatrice convient dans deux situations : (1) lorsque l'erreur est inoffensive ou négligeable; (2) lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Comme le contre-interrogatoire est un élément clé du droit à une défense pleine et entière, le défaut de permettre un contre-interrogatoire pertinent justifiera presque toujours la tenue

s. 276(3) would have allowed the accused to make limited inquiries into: (i) the complainant's understanding of the types of sexual activity capable of causing pregnancy and (ii) whether she engaged in any such activity at the relevant time. The scope of permissible cross-examination would not have been any broader than the questioning that actually occurred. The accused was not precluded from adequately testing the evidence in this case, despite the errors in the s. 276 ruling. The application and trial judge's errors are harmless and there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the errors not been made.

Per Brown and Rowe JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that the application judge misapplied the admissibility criteria under s. 276 of the *Criminal Code* and further, that the trial judge erred in holding that he had no jurisdiction to reconsider the s. 276 ruling in light of the evidence adduced by the Crown. However, there is disagreement as to the appropriate remedy for the errors of the application and trial judges. The errors in this case were not harmless or minor, nor was the evidence overwhelming. Cross-examination was restricted in a manner not consistent with the purpose behind s. 276 and as a result, the accused was denied a fair trial.

The right to test the Crown's evidence through relevant cross-examination is guaranteed by both the common law and the *Charter* as a core element of the right to make full answer and defence. An accused has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word as long as that right is not abused. An accused's fair trial rights include not just the fact of cross-examination, but also control over the rhythm of cross-examination. Cross-examination is not so much a series of questions as a process of questioning. Cross-examination involves putting careful questions to a witness that are designed to explore bit by bit the nature and extent of that witness's knowledge, and therefore is effective only where it is permitted to proceed step by step towards the ultimate point, where the examiner can pose the final question (or questions), knowing by that time what the answer(s) will be, having regard to the earlier evidence elicited. When cross-examination is unduly restricted, the effects on the fairness of the trial will often reverberate beyond, and cannot be fully appreciated by parsing, the particular words in a transcript. However, a cross-examination that is not

d'un nouveau procès. En l'espèce, une mise en balance adéquate des intérêts énoncés au par. 276(3) aurait permis à l'accusé de poser des questions limitées sur : (i) la compréhension par la plaignante des types d'activités sexuelles capables de causer la grossesse et (ii) le fait de savoir si elle s'était adonnée à ce type d'activités durant l'intervalle de temps pertinent. La portée d'un contre-interrogatoire admissible n'aurait pas été plus large que l'interrogatoire qui a effectivement eu lieu. L'accusé n'a pas été empêché de vérifier adéquatement la preuve en l'espèce en dépit des erreurs commises dans la décision fondée sur l'art. 276. Les erreurs de la juge saisie de la demande et du juge du procès sont anodines et il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent en l'absence des erreurs.

Les juges Brown et Rowe (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires que la juge saisie de la demande a mal appliqué les critères d'admissibilité énoncés à l'art. 276 du *Code criminel* et que, en outre, le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas compétence pour réexaminer la décision fondée sur l'art. 276 à la lumière de la preuve présentée par le ministère public. Par contre, il y a désaccord quant à la réparation adéquate des erreurs de la juge saisie de la demande et du juge du procès. Les erreurs commises en l'espèce n'étaient ni inoffensives ni négligeables; la preuve n'était pas non plus accablante. Le contre-interrogatoire a été restreint d'une manière qui n'est pas conforme à l'objet qui sous-tend l'art. 276 et, en conséquence, l'accusé s'est vu privé d'un procès équitable.

Le droit de vérifier la preuve du ministère public au moyen d'un contre-interrogatoire pertinent est garanti à la fois par la common law et par la *Charte* en tant qu'élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière. L'accusé a le droit de contre-interroger les témoins, et ce, au sens le plus complet et le plus large du terme, pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit. Les droits de l'accusé lui garantissant un procès équitable comprennent non seulement le fait qu'il y ait un contre-interrogatoire, mais aussi le contrôle sur le rythme de celui-ci. Un contre-interrogatoire n'est pas tant une série de questions qu'un processus d'interrogatoire. Un contre-interrogatoire consiste à poser à un témoin des questions judicieuses conçues pour explorer, peu à peu, la nature et l'étendue de la connaissance de ce témoin et n'est donc efficace que s'il peut se dérouler étape par étape vers le point ultime où celui qui contre-interroge peut poser la dernière question (ou questions), sachant à ce moment-là quelle sera la réponse (ou les réponses), compte tenu des éléments de preuve obtenus antérieurement. Lorsque le contre-interrogatoire est indûment restreint, les effets sur l'équité du procès se répercutent souvent au-delà des mots

unduly restricted does not mean a cross-examination that is boundless. Parliament has specifically legislated limits on questioning related to a complainant's sexual history into the *Criminal Code*.

If an accused's right to test the Crown's evidence is irremediably impaired through an inability to challenge a crucial part of the case against them, it will be inappropriate to invoke or apply the curative proviso provided for in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Where there has been a legal error, the default is to order a new trial; the proviso allows a departure from this default rule only in very narrow circumstances. The curative proviso is rarely (successfully) invoked, and applies where, and only where, the error is minor or harmless, or the evidence is overwhelming. It is a high bar for the Crown to meet. The high bar on the proviso's use strongly affirms the need to safeguard the integrity of the criminal justice system from the risk of wrongful conviction.

Given the interests the proviso protects, it cannot be invoked here. In the absence of overwhelming evidence, its application turns on whether the erroneous s. 276 ruling was so minor or harmless that it could not have had an impact on the verdict. The errors were significant and their cumulative effect deprived the accused of the right to engage in a process of questioning protected by both the *Charter* and the common law. Had the accused been able to effectively challenge the sexual history evidence presented by the Crown, he may have been able to elicit something that was sufficient to raise a doubt: cross-examination may well have been the only way to elicit evidence that was not apparent at the outset. The accused, therefore, was denied a fair trial, and where fair trial rights have been infringed, the appeal should run its natural course. The appeal should be dismissed.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Osolin*,

précis qui figurent dans la transcription et ne peuvent être pleinement pris en compte lors de l'analyse de ces mots. Cela dit, un contre-interrogatoire qui n'est pas indûment restreint ne consiste pas en un contre-interrogatoire illimité. Le législateur a expressément prévu dans le *Code criminel* des limites aux questions qui peuvent être posées sur le comportement sexuel antérieur d'une plaignante.

Si l'incapacité de contester une partie cruciale de la preuve présentée contre lui a eu pour effet de porter irrémédiablement atteinte au droit de l'accusé de vérifier la preuve du ministère public, il sera inopportun d'invoquer ou d'appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Lorsqu'il y a eu erreur judiciaire, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée par défaut; la disposition réparatrice permet une dérogation à cette règle seulement dans des circonstances très précises. La disposition réparatrice est rarement invoquée (avec succès) et elle s'applique si, et uniquement si, l'erreur est négligeable ou inoffensive, ou lorsque la preuve est accablante. Il s'agit d'un critère rigoureux auquel le ministère public doit satisfaire. Le critère rigoureux auquel il faut satisfaire pour appliquer la disposition confirme avec vigueur le besoin de protéger l'intégrité du système de justice criminelle contre le risque d'une déclaration de culpabilité injustifiée.

Vu les intérêts que protège la disposition réparatrice, elle ne peut pas être invoquée en l'espèce. En l'absence d'une preuve accablante, son application dépend donc de la question de savoir si la décision erronée fondée sur l'art. 276 était à ce point négligeable ou inoffensive qu'elle n'a pu avoir un impact sur le verdict. Les erreurs étaient graves et leur effet cumulatif a privé l'accusé du droit de mener un processus d'interrogatoire, protégé à la fois par la *Charte* et par la common law. Si l'accusé avait pu contester efficacement la preuve présentée par le ministère public concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante, il aurait pu obtenir quelque chose qui aurait suffi pour soulever un doute : le contre-interrogatoire pouvait fort bien être la seule façon d'obtenir des éléments de preuve qui n'étaient pas apparents au départ. Par conséquent, l'accusé s'est vu privé d'un procès équitable et lorsqu'il y a eu atteinte aux droits à un procès équitable, l'appel devrait suivre son cours normal. L'appel devrait être rejeté.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Osolin*,

[1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Nkemka*, 2013 ONSC 2121; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Akumu*, 2017 BCSC 533; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308, aff'd 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381; *R. v. Brothers* (1995), 169 A.R. 122; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting)

R. v. Barton, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Brown*, 2018 ONCA 481, 361 C.C.C. (3d) 510; *R. v. Bomberry*, 2010 ONCA 542, 267 O.A.C. 235; *R. v. Hill*, 2015 ONCA 616, 339 O.A.C. 90; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *R. v. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 593 A.R. 76; *Regina v. White* (1976), 1 Alta. L.R. (2d) 292; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. v. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *Fox v. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017; *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942); *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469 (1948); *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Sarrazin*, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 246.6(1)(a) [rep. & sub. 1985, c. C-46, s. 276(1)(a)].

Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d).

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 276.1(2) [ad. 2018, c. 29, s. 25], (4) [*idem*], 669.2, 686(1)(b)(iii).

[1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Nkemka*, 2013 ONSC 2121; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Akumu*, 2017 BCSC 533; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308, conf. par 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381; *R. c. Brothers* (1995), 169 A.R. 122; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33.

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents)

R. c. Barton, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Brown*, 2018 ONCA 481, 361 C.C.C. (3d) 510; *R. c. Bomberry*, 2010 ONCA 542, 267 O.A.C. 235; *R. c. Hill*, 2015 ONCA 616, 339 O.A.C. 90; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *R. c. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 593 A.R. 76; *Regina c. White* (1976), 1 Alta. L.R. (2d) 292; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. c. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *Fox c. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017; *Adams c. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942); *Michelson c. United States*, 335 U.S. 469 (1948); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Sarrazin*, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d).

Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276, 276.1(2) [aj. 2018, c. 29, art. 25], (4) [*idem*], 669.2, 686(1)(b)(iii).

Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois, L.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 246.6(1)(a) [abr. & rempl. 1985, c. C-46, art. 276(1)(a)].

Projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2018.

Authors Cited

- Adair, Geoffrey D. E. *On Trial: Advocacy Skills, Laws and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.
- Craig, Elaine. *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2018.
- Craig, Elaine. "The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases" (2014), 51 *Osgoode Hall L.J.* 427.
- Ozkin, Senem. "Balancing of Interests: Admissibility of Prior Sexual History under Section 276" (2011), 57 *Crim. L.Q.* 327.
- Woolley, Alice. *Understanding Lawyers' Ethics in Canada*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacFarland, Watt and Paciocco JJ.A.), 2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696, 362 C.C.C. (3d) 434, 46 C.R. (7th) 309, [2018] O.J. No. 3162 (QL), 2018 CarswellOnt 9555 (WL Can.), setting aside the conviction for sexual interference entered by Gee J. and ordering a new trial. Appeal allowed, Brown and Rowe JJ. dissenting.

Katie Doherty, for the appellant.

Michael Dineen and *Megan Savard*, for the respondent.

Greg J. Allen and *Jorie Les*, for the intervener the Ending Violence Association of Canada.

Marie Henein and *Lauren Mills Taylor*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis and Martin JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] Sexual assault trials raise unique challenges in protecting the integrity of the trial and balancing the

Doctrine et autres documents cités

- Adair, Geoffrey D. E. *On Trial : Advocacy Skills, Laws and Practice*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2004.
- Craig, Elaine. *Putting Trials on Trial : Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018.
- Craig, Elaine. « The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases » (2014), 51 *Osgoode Hall L.J.* 427.
- Ozkin, Senem. « Balancing of Interests : Admissibility of Prior Sexual History under Section 276 » (2011), 57 *Crim. L.Q.* 327.
- Woolley, Alice. *Understanding Lawyers' Ethics in Canada*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacFarland, Watt et Paciocco), 2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696, 362 C.C.C. (3d) 434, 46 C.R. (7th) 309, [2018] O.J. No. 3162 (QL), 2018 CarswellOnt 9555 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels inscrite par le juge Gee et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Brown et Rowe sont dissidents.

Katie Doherty, pour l'appelante.

Michael Dineen et *Megan Savard*, pour l'intimé.

Greg J. Allen et *Jorie Les*, pour l'intervenante l'Association canadienne contre la violence.

Marie Henein et *Lauren Mills Taylor*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Les procès pour agression sexuelle posent des défis particuliers touchant la protection de l'intégrité

societal interests of both the accused and the complainant. Parliament and the courts have responded to these challenges by setting out rules of evidence tailored to this context.

[2] Parliament enacted s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to govern the accused's right to introduce evidence regarding the complainant's prior sexual activity. Such evidence is never admissible to support the twin myths that the complainant is less worthy of belief or more likely to have consented to the sexual activity in question. In order to respect the presumption of innocence, evidence may be adduced for *other* relevant purposes but must satisfy rigorous criteria to ensure it does not undermine the integrity of the trial or the complainant's dignity and privacy.

[3] The issue in this case is how these requirements apply where the Crown introduces evidence relating to the complainant's sexual activity and the accused seeks to challenge that evidence by cross-examining the complainant.

[4] Here, the complainant testified that she was a virgin at the time of the assault. The Crown introduced evidence of her subsequent pregnancy and the approximate date of conception to support the complainant's testimony that she was sexually assaulted by the accused. The accused denied the allegations and sought to question the complainant as to whether anyone else could have caused the pregnancy.

[5] The application judge ruled that the accused was not permitted to ask whether the complainant had engaged in any other sexual activity because the accused had no evidence of "specific instances of sexual activity" — one of the requirements of

du procès ainsi que la mise en balance des intérêts sociétaux de l'accusé et de la plaignante¹. Devant ces difficultés, le législateur et les tribunaux ont établi des règles de preuve adaptées à ce contexte.

[2] Le législateur a adopté l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, pour régir le droit de l'accusé d'introduire une preuve portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Une telle preuve n'est jamais admissible pour étayer les deux mythes voulant que la plaignante soit moins digne de foi ou plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en question. Pour respecter la présomption d'innocence, une preuve peut être présentée à d'*autres* fins pertinentes, mais doit satisfaire à des critères rigoureux pour qu'elle ne mine pas l'intégrité du procès ou la dignité et la vie privée de la plaignante.

[3] Il s'agit dans la présente affaire de savoir comment s'appliquent ces exigences lorsque le ministère public introduit une preuve relative au comportement sexuel de la plaignante et que l'accusé cherche à contester cette preuve en contre-interrogeant cette dernière.

[4] En l'espèce, la plaignante a affirmé dans son témoignage qu'elle était vierge au moment de l'agression. Le ministère public a introduit une preuve de sa grossesse subséquente et de la date approximative de la conception pour étayer le témoignage de la plaignante selon lequel elle avait été agressée sexuellement par l'accusé. Ce dernier a nié les allégations et a cherché à interroger la plaignante quant à la question de savoir si quelqu'un d'autre aurait pu avoir causé la grossesse.

[5] La juge saisie de la demande de l'accusé a statué qu'il n'était pas autorisé à demander si la plaignante avait eu toute autre activité sexuelle, parce qu'il ne disposait d'aucune preuve portant sur « des cas particuliers d'activité sexuelle » — une des

¹ L'article 276 du *Code criminel* utilise la forme masculine du mot « plaignant » pour décrire la personne qui serait victime de cette infraction. Toutefois, l'agression sexuelle est une infraction hautement genrée dont la plupart des victimes sont des femmes. Pour cette raison, et puisque la plaignante dans le dossier est une femme, j'utiliserai la forme féminine « plaignante » dans le présent jugement.

s. 276(2) of the *Criminal Code*. The accused was, however, permitted to cross-examine the complainant about her claim that she was a virgin at the time of the assault.

[6] I conclude that the application judge erred. The cross-examination sought to establish that the pregnancy was caused by sexual activity other than the alleged assault. The Crown-led evidence implicated a specific sexual act, namely activity capable of causing pregnancy within a particular timeframe. The accused's request satisfied the "specific instances" requirement of s. 276(2) because it was sufficiently detailed to permit the judge to apply the regime.

[7] The Crown clearly intended to rely on evidence of the pregnancy to establish the *actus reus*. The presumption of innocence requires the accused to be permitted to test such critical, corroborating physical evidence before it can be relied on to support a finding of guilt. Given the accused's denial of any sexual contact with the complainant, and the lack of other evidence of paternity, the ability to cross-examine the complainant was fundamental to his right to make full answer and defence.

[8] Nonetheless, permitting an accused to question a complainant about such matters treads on dangerous ground, raising both dignity and privacy concerns. Judges must tightly control such cross-examination to minimize those risks. The accused's right to make full answer and defence must be balanced with other interests protected in s. 276(3). Here, balancing those interests would have required any cross-examination to be narrow in scope.

[9] That said, I am of the view that no miscarriage of justice occurred in this case. The cross-examination that was permitted and actually occurred allowed the defence to test the evidence with sufficient rigour. I would allow the appeal and restore the conviction.

conditions prévues au par. 276(2) du *Code criminel*. L'accusé a toutefois été autorisé à contre-interroger la plaignante sur son affirmation selon laquelle elle était vierge au moment de l'agression.

[6] Je conclus que la juge saisie de la demande a commis une erreur. Le contre-interrogatoire visait à établir que la grossesse avait été causée par une activité sexuelle autre que l'agression alléguée. La preuve présentée par le ministère public faisait état d'un acte sexuel en particulier, à savoir une activité capable de causer la grossesse dans un intervalle de temps déterminé. La demande de l'accusé satisfaisait à la condition relative aux « cas particuliers » visés au par. 276(2), parce qu'elle était suffisamment détaillée pour permettre à la juge d'appliquer le régime.

[7] Le ministère public entendait manifestement s'appuyer sur la preuve de la grossesse pour établir l'*actus reus*. La présomption d'innocence exige que l'accusé soit autorisé à vérifier la fiabilité de cet élément de preuve matérielle corroborante si cruciale, avant que l'on puisse s'y fier pour étayer une conclusion de culpabilité. Puisque l'accusé a nié avoir eu quelque contact sexuel que ce soit avec la plaignante, et en l'absence de toute autre preuve de paternité, la possibilité de contre-interroger la plaignante était un élément fondamental de son droit de présenter une défense pleine et entière.

[8] Néanmoins, permettre à un accusé d'interroger une plaignante sur de tels sujets comporte des risques qui soulèvent des préoccupations relatives tant à la dignité qu'à la vie privée. Les juges doivent exercer un contrôle serré de tels contre-interrogatoires pour minimiser ces risques. Le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière doit être mis en balance avec les autres intérêts protégés par le par. 276(3). En l'espèce, la mise en balance de ces intérêts aurait exigé que tout contre-interrogatoire soit de portée restreinte.

[9] Cela dit, j'estime qu'il n'y a eu aucune erreur judiciaire en l'espèce. Le contre-interrogatoire qui a été autorisé et qui a effectivement eu lieu a permis à la défense de vérifier la preuve avec suffisamment de rigueur. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

II. Background

[10] The accused and the complainant are cousins. During the Canada Day weekend of 2013, they went camping with several members of their extended families. At the time, R.V. was 20 years old and the complainant was 15. The complainant testified that R.V. sexually assaulted her in the early morning hours of July 1st.

[11] The complainant testified that on the families' last night together, she played cards and hung out with her cousins. The parents in the group went to bed around 2:00 a.m. while the complainant stayed awake with several of her cousins. She said that around 4:00 a.m., R.V. suggested the cousins go to the beach for a swim. After briefly venturing into the lake, the cousins headed back to their campsites. R.V. borrowed the complainant's phone to use as a flashlight on the walk back.

[12] The complainant explained that she returned to her tent, realized R.V. still had her phone and went to his tent to retrieve it. Upon her arrival at his tent, R.V. told the complainant he needed to speak to her in private. He took her by the wrist and led her into a men's washroom near the beach.

[13] Once inside the washroom, the complainant said R.V. tried to kiss her and remove her shirt, which she resisted. Then he told her to lay down on the floor. She complied out of fear and he pulled down her pants and underwear as well as his own. R.V. then placed himself on top of her. She believes he tried to penetrate her vagina with his penis but her memory of this moment is blank. Her next memory is of R.V. asking her if she heard one of the cousins calling for her. After warning the complainant not to tell anyone what had happened, R.V. got up, put his clothes on and left. After he left, the complainant went to the women's washroom to clean up. She said the area outside her vagina felt wet and sticky and she felt disgusted. She then returned to her tent and fell asleep.

II. Contexte

[10] L'accusé et la plaignante sont cousins. Pendant la fin de semaine de la fête du Canada de 2013, ils sont allés faire du camping avec plusieurs membres de leur famille élargie. À l'époque, R.V. était âgé de 20 ans et la plaignante avait 15 ans. Dans son témoignage, cette dernière a affirmé que R.V. l'avait agressée sexuellement au petit matin du 1^{er} juillet.

[11] Selon le témoignage de la plaignante, au cours de la dernière soirée que les familles ont passée ensemble, elle jouait aux cartes en compagnie de ses cousins. Les parents du groupe sont allés se coucher vers 2 h, tandis que la plaignante a continué à veiller avec plusieurs de ses cousins. Elle a affirmé que, vers 4 h, R.V. a proposé que les cousins aillent à la plage se baigner. Après une courte baignade dans le lac, les cousins sont rentrés à leurs emplacements de camping. R.V. a emprunté le téléphone de la plaignante afin de s'en servir comme lampe de poche pour le retour à pied.

[12] La plaignante a expliqué que lorsqu'elle a regagné sa tente, elle s'est rendu compte que R.V. avait encore son téléphone et elle s'est rendue à la tente de ce dernier pour le récupérer. Arrivée à la tente de R.V., celui-ci lui a dit qu'il avait besoin de lui parler en privé. Il l'a prise par le poignet et l'a amenée dans les toilettes des hommes près de la plage.

[13] La plaignante a affirmé que lorsqu'ils se sont trouvés à l'intérieur des toilettes, R.V. a tenté de l'embrasser et de lui retirer sa chemise, mais qu'elle a résisté. Il lui a alors dit de se coucher par terre. Elle a obtempéré par peur et il a baissé son pantalon et son sous-vêtement ainsi que les siens. R.V. s'est ensuite placé au-dessus d'elle. Elle croit qu'il a tenté de pénétrer son vagin avec son pénis, mais elle n'a aucun souvenir de ce moment. La chose suivante dont elle se souvient c'est que R.V. lui a demandé si elle avait entendu un des cousins l'interpeller. Après avoir averti la plaignante de ne dire à personne ce qui s'était passé, R.V. s'est levé, il s'est rhabillé et il est parti. Après son départ, la plaignante s'est rendue aux toilettes des femmes pour se laver. Elle a dit que la région à l'extérieur de son vagin était mouillée et collante au toucher et qu'elle se sentait dégoûtée. Elle est ensuite retournée à sa tente et s'est endormie.

[14] R.V. denied the allegations and the complainant's account of the evening. He acknowledged being around the bonfire with the family. But, he stated, he went to bed at around the same time as the parents and had no further interaction with the complainant that evening.

[15] Initially, the complainant did not tell anyone about the assault. In late August, she went to see a doctor, complaining of abdominal pain and nausea. When asked, she denied being sexually active. A urine test taken during a physical exam on August 29th subsequently confirmed that she was pregnant. Based on an ultrasound performed on September 18th, the doctor estimated that conception had occurred at the end of June or the beginning of July.

[16] The doctor asked the complainant whether she had any interactions capable of causing pregnancy around the date of conception. During this discussion, the complainant told the doctor about the incident with R.V. Because the complainant was underage, later that day the doctor relayed this information to the Children's Aid Society, which in turn contacted the police.

[17] After consulting with her doctor again on September 19th, the complainant terminated the pregnancy on September 21st. The clinic disposed of the fetal remains that day, making a DNA paternity test impossible. The police contacted the complainant the following week and took a statement from her on September 24th. The complainant told the police (and testified at trial) that she was a virgin at the time of the assault. The police charged R.V. with sexual assault and sexual interference.

A. *The Voir Dire: Baker J.*

[18] In light of the medical evidence about the date of conception, the Crown tendered evidence of the pregnancy to support the complainant's testimony that the alleged assault was the cause. During pre-trial proceedings, R.V. applied to question the complainant "about her prior sexual activity, with the [accused], or any other individual, that may have

[14] R.V. a nié les allégations de la plaignante et le récit qu'elle a fait de la soirée. Il a reconnu s'être trouvé autour du feu de camp avec la famille. Toutefois, selon ses dires, il s'est couché à peu près en même temps que les parents et n'a plus eu de contact avec la plaignante ce soir-là.

[15] Initialement, la plaignante n'a parlé de l'agression à personne. À la fin d'août, elle a consulté une médecin, se plaignant de douleurs abdominales et de nausées. Lorsqu'on lui a posé la question, elle a nié être sexuellement active. Une analyse d'urine effectuée pendant un examen physique le 29 août a confirmé par la suite qu'elle était enceinte. S'appuyant sur une échographie effectuée le 18 septembre, la médecin a estimé que la conception avait eu lieu à la fin de juin ou au début de juillet.

[16] La médecin a demandé à la plaignante si elle avait eu des relations capables de causer la grossesse vers la date de la conception. Au cours de cette discussion, la plaignante a parlé à la médecin de l'incident avec R.V. Parce que la plaignante était mineure, plus tard le jour même, la médecin a transmis ces renseignements à la Société d'aide à l'enfance qui a, à son tour, communiqué avec la police.

[17] Après avoir consulté sa médecin de nouveau le 19 septembre, la plaignante a mis fin à la grossesse le 21 septembre. La clinique a éliminé les restes fœtaux le jour même, rendant impossible un test génétique de paternité. La police a communiqué avec la plaignante la semaine suivante et a recueilli une déclaration de sa part le 24 septembre. La plaignante a dit à la police (et dans son témoignage au procès) qu'elle était vierge au moment de l'agression. La police a accusé R.V. d'agression sexuelle et de contacts sexuels.

A. *Le voir-dire : la juge Baker*

[18] Vu la preuve médicale relative à la date de conception, le ministère public a présenté une preuve de la grossesse pour étayer le témoignage de la plaignante comme quoi l'agression alléguée en avait été la cause. Lors des procédures préalables au procès, R.V. a demandé d'interroger la plaignante [TRANSDUCTION] « au sujet de son comportement sexuel

occurred between June 1st and July 1st, 2013” (A.R., vol. II, at p. 3). Because the Crown intended to rely on the complainant’s pregnancy as evidence of sexual contact with the accused, R.V. argued his right to make full answer and defence entitled him to inquire into “whether any other individual could have impregnated the complainant” (A.R., vol. II, at p. 4).

[19] Baker J. dismissed the s. 276 application. In her view, R.V. had failed to point to specific instances of sexual activity. Instead, she found, the request was “more in the nature of a fishing expedition” (A.R., vol. I, at p. 15).

[20] The application judge also observed that other means could be used to challenge the inference that R.V. caused the complainant’s pregnancy. First, the gestational age of the fetus might not align with the date of the alleged offence. She based this conclusion on the *voir dire* submissions of R.V.’s counsel, who suggested the date of conception was approximately June 14th, 17 days prior to the assault.

[21] Second, R.V. could question the complainant on her understanding of the term “virgin” and the truthfulness of her statement that she was a virgin at the time of the alleged offence. The application judge held that questions regarding virginity do not fall within s. 276. However, R.V.’s right to ask these limited questions did not “give the defence carte blanche to cross-examine the complainant on any sexual activity she may have undertaken in the month immediately preceding the alleged offence” (A.R., vol. I, at p. 15).

[22] The application judge accepted that R.V. was not intending to rely on the cross-examination evidence to further the twin myths. Nevertheless, the complainant’s personal dignity and right of privacy outweighed the “highly uncertain probative value of the proposed evidence” (A.R., vol. I, at p. 16).

antérieur, avec [l’accusé], ou toute autre personne, qui aurait pu se produire entre le 1^{er} juin et le 1^{er} juillet 2013 » (d.a., vol. II, p. 3). Parce que le ministère public entendait s’appuyer sur la grossesse de la plaignante comme preuve d’un contact sexuel avec l’accusé, R.V. a plaidé que son droit de présenter une défense pleine et entière lui donnait le droit de s’enquérir sur « la question de savoir si quelqu’un d’autre avait pu mettre la plaignante enceinte » (d.a., vol. II, p. 4).

[19] La juge Baker a rejeté la demande fondée sur l’art. 276. À son avis, R.V. n’avait pas fait état de cas particuliers d’activité sexuelle. La juge a plutôt conclu que la demande [TRADUCTION] « s’apparentait davantage à une recherche à l’aveuglette » (d.a., vol. I, p. 15).

[20] La juge saisie de la demande a également fait observer qu’il existait d’autres moyens de contester l’inférence selon laquelle R.V. avait causé la grossesse de la plaignante. Premièrement, il est possible que l’âge fœtal ne cadre pas avec la date de l’infraction alléguée. La juge en est arrivée à cette conclusion en se fondant sur les observations de l’avocat de R.V. qui a affirmé, lors du voir-dire, que la conception avait eu lieu vers le 14 juin, soit 17 jours avant l’agression.

[21] Deuxièmement, R.V. pouvait interroger la plaignante sur le sens qu’elle donnait au mot « vierge » et sur la véracité de sa déclaration selon laquelle elle était vierge au moment de l’agression alléguée. La juge saisie de la demande a statué que les questions sur la virginité ne sont pas visées par l’art. 276. Toutefois, le droit de R.V. de poser ces seules questions [TRADUCTION] « ne donn[ait] pas à la défense carte blanche pour contre-interroger la plaignante sur toute activité sexuelle qu’elle pouvait avoir eu au cours du mois qui a précédé l’infraction alléguée » (d.a., vol. I, p. 15).

[22] La juge saisie de la demande a accepté que R.V. n’entendait pas s’appuyer sur le témoignage obtenu en contre-interrogatoire pour étayer les deux mythes. Néanmoins, selon elle, la dignité de la plaignante et son droit à la vie privée l’emportaient sur [TRADUCTION] « la valeur probante fort incertaine du témoignage proposé » (d.a., vol. I, p. 16).

B. *The Trial: Gee J.*

[23] After the *voir dire* and prior to trial, the application judge invoked s. 669.2 of the *Criminal Code* and the trial continued before another judge. At the outset of the trial, Gee J. declined R.V.'s request to re-litigate the s. 276 application. He held that where a trial is continued by another judge, s. 669.2 does not provide for the re-consideration of pre-trial motions decided by the previous judge. In any event, he concluded there was no reason to re-hear the application because no change of circumstances had occurred.

[24] The complainant, the complainant's doctor and the accused testified at trial. During the doctor's testimony, it became clear that defence counsel's calculation of the conception date at the *voir dire* was wrong.¹ Based on the ultrasound, conception would have occurred between June 21st and July 5th, 2013.

[25] The trial judge rejected R.V.'s account of the night in question. In assessing R.V.'s credibility, he considered inconsistencies in R.V.'s trial testimony and interview with the police, as well as his admission that he had lied during both. The trial judge ultimately concluded that R.V. was not a credible witness and did not accept his evidence.

[26] In contrast, the trial judge found the complainant to be "a very compelling witness" (A.R., vol. I, at p. 46) whose account was detailed and precise. He accepted her testimony that prior to July 1st she had never had intercourse. He also concluded that her pregnancy was "compelling evidence supportive . . . of her allegations" (A.R., vol. I, at p. 47).

¹ The September 18th ultrasound indicated that the complainant had been pregnant for 13 weeks, 5 days. At the *voir dire*, this was used to advance a conception date of June 14th. However, the doctor explained that this estimate referred not to the date of conception but to the first day of the last menstrual period, with conception occurring roughly 14 days later, plus or minus 5 to 7 days.

B. *Le procès : le juge Gee*

[23] Après le *voir-dire* et avant le procès, la juge saisie de la demande a invoqué l'art. 669.2 du *Code criminel* et le procès s'est poursuivi devant un autre juge. À l'ouverture du procès, le juge Gee a rejeté la demande de R.V. de réexaminer la demande fondée sur l'art. 276. Le juge a statué que lorsqu'un procès se poursuit devant un autre juge, l'art. 669.2 ne prévoit pas le réexamen des requêtes préalables au procès tranchées par le juge précédent. Quoi qu'il en soit, il a conclu qu'il n'y avait aucune raison de réexaminer la demande, puisque les circonstances n'avaient pas changé.

[24] La plaignante, sa médecin et l'accusé ont témoigné au procès. Pendant le témoignage de la médecin, il est devenu apparent que, lors du *voir-dire*, l'avocat de la défense s'était trompé dans son calcul de la date de conception². D'après l'échographie, la conception se serait produite entre le 21 juin et le 5 juillet 2013.

[25] Le juge du procès a rejeté le récit de R.V. de la nuit en question. Dans son évaluation de la crédibilité de l'accusé, le juge a pris en compte les incohérences dans son témoignage au procès et dans son entrevue avec la police, ainsi que son aveu comme quoi il avait menti à ces deux occasions. Le juge du procès a fini par conclure que R.V. n'était pas un témoin crédible et il n'a pas retenu son témoignage.

[26] En revanche, le juge du procès a conclu que la plaignante était [TRADUCTION] « un témoin très convaincant » (d.a., vol. I, p. 46) dont le récit était détaillé et précis. Il a retenu son témoignage selon lequel elle n'avait jamais eu de rapports sexuels avant le 1^{er} juillet. Il a également conclu que sa grossesse était « une preuve convaincante [. . .] qui appuyait ses allégations » (d.a., vol. I, p. 47).

² L'échographie du 18 septembre indiquait que la plaignante était enceinte depuis 13 semaines et 5 jours. Lors du *voir-dire*, cette chronologie a été invoquée pour avancer une date de conception correspondant au 14 juin. Or, la médecin a expliqué que cette estimation ne renvoyait pas à la date de conception, mais au premier jour des dernières règles, la conception s'étant produite environ 14 jours plus tard, plus ou moins 5 à 7 jours.

[27] R.V. was convicted of sexual interference and received a four-year custodial sentence.

C. The Court of Appeal: MacFarland, Watt and Paciocco JJA.

[28] Writing for the Court of Appeal for Ontario, Paciocco J.A. allowed the appeal and ordered a new trial. He held that it was patently unfair for the Crown to rely on the pregnancy as confirming the complainant's story while preventing the accused from challenging this inference. While the request to cross-examine the complainant about her sexual activity "that may have occurred between June 1st and July 1st, 2013" was "extravagant", the accused should still have had the opportunity to ask relevant questions: 2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696, at paras. 27 and 29-30.

[29] Paciocco J.A. held that s. 276(2) requires the accused to adequately identify targeted evidence and proposed lines of questioning so as to permit the application judge to perform the balancing required by s. 276. Here, the probative value of the cross-examination was clear — it had the potential to neutralize the Crown's reliance on the pregnancy. Uncertainty about whether a line of questioning will succeed does not eliminate its potential probative value. Thus, the application judge erred in requiring an evidentiary foundation for the proposed cross-examination.

[30] Paciocco J.A. also concluded that the application judge had erred in characterizing the requested cross-examination as a "fishing expedition". In his view, the proposed questioning was "responsive to an important plank in the Crown's case", and the alternative methods of challenging the complainant's claim of virginity did not adequately protect the accused's right to a fair trial: paras. 69-84.

[31] According to the Court of Appeal, the impact of the application judge's errors was compounded by the trial judge's incorrect conclusion that he was

[27] R.V. a été déclaré coupable de contacts sexuels et il a été condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans.

C. La Cour d'appel : les juges MacFarland, Watt et Paciocco

[28] Sous la plume du juge Paciocco, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a statué qu'il était manifestement injuste que le ministère public s'appuie sur la grossesse pour confirmer le récit de la plaignante tout en empêchant l'accusé de contester cette inférence. Même si la demande en vue de contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel [TRADUCTION] « qui aurait pu se produire entre le 1^{er} juin et le 1^{er} juillet 2013 » était « extravagante », l'accusé aurait quand même dû avoir l'occasion de poser des questions pertinentes : 2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696, par. 27 et 29-30.

[29] Le juge Paciocco a statué que le par. 276(2) oblige l'accusé à identifier avec précision des éléments de preuve ciblés et les séries de questions proposées afin que le juge saisi de la demande puisse faire la mise en balance prescrite par l'art. 276. En l'espèce, la valeur probante du contre-interrogatoire était évidente — celui-ci était susceptible de neutraliser le poids que le ministère public comptait accorder à la grossesse. L'incertitude quant au succès d'une série de questions n'élimine pas sa valeur probante éventuelle. Par conséquent, la juge saisie de la demande avait eu tort d'exiger une preuve au soutien du contre-interrogatoire proposé.

[30] Le juge Paciocco a conclu en outre que la juge saisie de la demande avait commis une erreur en qualifiant de « recherche à l'aveuglette » le contre-interrogatoire demandé. À son avis, l'interrogatoire proposé [TRADUCTION] « visait une assise importante de la preuve du ministère public », et les autres méthodes pour contester l'affirmation de virginité de la plaignante ne protégeaient pas adéquatement le droit de l'accusé à un procès équitable : par. 69-84.

[31] Selon la Cour d'appel, l'effet des erreurs commises par la juge saisie de la demande a été aggravé par la conclusion erronée du juge du procès selon

bound by the initial s. 276 ruling. A new trial was therefore warranted because the trial judge's refusal to reconsider the application effectively prevented future meritorious applications from being considered.

III. Analysis

[32] The question in this case is how s. 276 operates when the accused seeks to cross-examine the complainant to challenge sexual history evidence led by the Crown. Section 276 requires that the accused's right to make full answer and defence be balanced with the dangers that cross-examination may pose to the complainant's privacy and dignity and to the integrity of the trial process. This analysis applies with equal force regardless of whether the accused seeks to introduce evidence to establish a defence or to challenge inferences urged by the Crown.

A. *Challenging the Crown's Evidence Within the Limits of Section 276*

[33] Testifying in a sexual assault case can be traumatizing and harmful to complainants: see E. Craig, *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (2018), at pp. 4 et seq. Questions about a complainant's sexual history are often irrelevant, serving no purpose other than supporting the "twin myths" — that a complainant's past sexual acts make her less worthy of belief or more likely to have consented to the sexual activity in question. Historically, wide-ranging and intrusive inquiries into the complainant's sexual history were used to distort the trial process and essentially put the *complainant* on trial: see *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, at para. 33.

[34] In an effort to abolish "outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence", Parliament, in 1982, enacted a blanket ban on all evidence of a complainant's prior sexual activity, subject to three limited exceptions: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577,

laquelle il était lié par la décision initiale fondée sur l'art. 276. Un nouveau procès était donc justifié parce que le refus du juge du procès de réexaminer la demande avait, dans les faits, empêché l'examen d'éventuelles demandes bien fondées.

III. Analyse

[32] En l'espèce, la question en litige est celle de savoir comment s'applique l'art. 276 lorsque l'accusé cherche à contre-interroger la plaignante pour contester une preuve de comportement sexuel antérieur présentée par le ministère public. L'article 276 exige que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière soit mis en balance avec les risques d'atteinte que le contre-interrogatoire puisse poser à la vie privée et à la dignité de la plaignante ainsi qu'à l'intégrité du processus judiciaire. Cette analyse s'applique tout autant lorsque l'accusé cherche à introduire un élément de preuve pour établir un moyen de défense que lorsqu'il conteste des inférences mises de l'avant par le ministère public.

A. *Contester la preuve du ministère public en respectant les limites de l'art. 276*

[33] Témoigner dans une affaire d'agression sexuelle peut être traumatisant et nocif pour les plaignantes : voir E. Craig, *Putting Trials on Trial : Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (2018), p. 4 et suiv. Les questions portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante sont souvent dénuées de pertinence, n'ayant aucun autre but que d'étayer les « deux mythes », à savoir que les actes sexuels antérieurs de la plaignante la rendent moins digne de foi ou plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en cause. Historiquement, on se servait de questions générales et indiscrettes sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante pour dénaturer le procès et, en fin de compte, en faire subir un à la plaignante : voir *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 33.

[34] Dans le but de mettre fin à « l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel », le législateur fédéral a édicté, en 1982, une interdiction générale de toute preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante, sous

at p. 625. One exception covered evidence “that rebuts evidence of the complainant’s sexual activity or absence thereof that was previously adduced by the prosecution”: *An Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 246.6(1)(a) (later s. 276(1)(a)). In *Seaboyer*, the Court struck down the 1982 provision as unconstitutional because it was too restrictive — it had the potential to exclude relevant evidence crucial to a fair trial: *Seaboyer*, at p. 625. The Court emphasized that the relevance of all evidence, including sexual history evidence, must be assessed on a case-by-case basis: p. 609.

[35] In response, Parliament amended s. 276, codifying the guidelines outlined in *Seaboyer: R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at para. 20. The modern version of s. 276² seeks to preserve the integrity of the administration of justice, and the trial, by striking a balance between the rights of the accused and those of the complainant:

276 (1) In proceedings in respect of [various sexual offences], evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

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

(b) is less worthy of belief.

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the

² On December 13, 2018, Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., received royal assent. This Act makes minor amendments to clarify the application of s. 276. Although they do not apply to this case, they are not inconsistent with the analysis set out here.

réserve de trois exceptions limitées : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 625. Une de ces exceptions visait la preuve « qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l’absence de comportement sexuel du plaignant » : *Loi modifiant le Code criminel en matière d’infractions sexuelles et d’autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, L.C. 1980-81-82-83, c. 125, al. 246.6(1)a (devenu l’al. 276(1)a)). Dans l’arrêt *Seaboyer*, la Cour a invalidé la disposition de 1982 comme étant inconstitutionnelle parce que trop restrictive — elle pouvait entraîner l’exclusion d’éléments de preuve pertinents, essentiels à un procès équitable : *Seaboyer*, p. 625. La Cour a souligné que la pertinence de toute preuve, y compris la preuve du comportement sexuel antérieur, doit être évaluée selon chaque cas : p. 609.

[35] Pour donner suite à l’arrêt *Seaboyer*, le législateur a modifié l’art. 276, codifiant les lignes directrices formulées dans cet arrêt : *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 20. La version moderne de l’art. 276³ vise à protéger l’intégrité de l’administration de la justice, et du procès, en établissant un juste équilibre entre les droits de l’accusé et ceux de la plaignante :

276 (1) Dans les poursuites pour [diverses infractions sexuelles], la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l’accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu’il est

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

b) soit moins digne de foi.

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l’accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l’origine de l’accusation sauf si le juge, le juge de la

³ Le 13 décembre 2018, le projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess., 42^e lég., a reçu la sanction royale. Cette loi apporte des modifications mineures pour clarifier l’application de l’art. 276. Bien qu’elles ne s’appliquent pas en l’espèce, elles ne sont pas incompatibles avec l’analyse énoncée dans les présents motifs.

subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

(a) is of specific instances of sexual activity;

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

[36] Before evidence of a complainant's sexual history may be introduced under s. 276(2), the court must carefully scrutinize the potential evidence. First, the accused must set out in writing the "detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce"

cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois :

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

b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

[36] Avant qu'une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante puisse être introduite en application du par. 276(2), le tribunal doit l'examiner de façon minutieuse. Premièrement, l'accusé doit énoncer par écrit « toutes précisions au sujet de la

and its relevance “to an issue at trial”: s. 276.1(2).³ If the judge is persuaded that the evidence is “capable of being admissible under subsection 276(2)”, a *voir dire* is held: s. 276.1(4).⁴ Evidence adduced to support the twin myths is categorically barred. And, even where it has some relevance for another purpose, evidence may still be excluded if admitting it would endanger the “proper administration of justice”: s. 276(2)(c).

[37] In many cases, when the accused applies to adduce evidence pursuant to s. 276, they have an evidentiary basis for known sexual activity (i.e., “detailed particulars” of “specific . . . sexual activity”). In this case, however, while R.V. maintained that other activity necessarily occurred because the complainant became pregnant, he had little knowledge of the particulars of that activity. He thus sought to adduce evidence of the other sexual activity by cross-examining the complainant.

[38] Individuals charged with criminal offences are presumed innocent until proven guilty. As a result, an accused has the right to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the prosecution’s evidence: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 663. “Full answer and defence” is a principle of fundamental justice, protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In *Seaboyer*, McLachlin J. explained, at p. 608:

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution.

...

³ Now s. 278.93(2).

⁴ Now s. 278.93(4).

preuve en cause » et le rapport de celle-ci « avec un élément de la cause » : par. 276.1(2)⁴. Si le juge est convaincu « des possibilités que la preuve en cause soit admissible [. . .] au titre du paragraphe 276(2) », un voir-dire est tenu : par. 276.1(4)⁵. Une preuve présentée pour étayer les deux mythes est catégoriquement interdite. Qui plus est, même si la preuve revêt une certaine pertinence pour une autre fin, elle peut néanmoins être exclue si le fait de l’admettre risque d’avoir un effet préjudiciable sur la « bonne administration de la justice » : al. 276(2)c).

[37] Dans bien des cas, lorsque l’accusé demande de présenter une preuve en application de l’art. 276, il possède une preuve au soutien d’une activité sexuelle connue (c.-à-d., « toutes précisions » au sujet de « cas particuliers d’activité sexuelle »). Toutefois, en l’espèce, même si R.V. soutenait qu’il y avait nécessairement eu un autre cas d’activité parce que la plaignante est tombée enceinte, il avait peu de connaissance des précisions au sujet de cette activité. Il a donc cherché à présenter la preuve d’autres cas d’activité sexuelle en contre-interrogeant la plaignante.

[38] Les personnes accusées d’infractions criminelles sont présumées innocentes jusqu’à ce que leur culpabilité soit établie. Par conséquent, tout accusé a le droit de présenter les éléments de preuve qui lui permettront d’établir un moyen de défense ou de contester la preuve de la poursuite : *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663. La « défense pleine et entière » est un principe de justice fondamentale, protégé par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l’arrêt *Seaboyer*, la juge McLachlin a expliqué ce qui suit, à la p. 608 :

Le droit de l’innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d’établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite.

...

⁴ Maintenant le par. 278.93(2).

⁵ Maintenant le par. 278.93(4).

In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. . . .

[39] Generally, a key element of the right to make full answer and defence is the right to cross-examine the Crown's witnesses without significant and unwarranted restraint: *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 1 and 41; *Osolin*, at pp. 664-65; *Seaboyer*, at p. 608. The right to cross-examine is protected by both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In certain circumstances, cross-examination may be the only way to get at the truth. The fundamental importance of cross-examination is reflected in the general rule that counsel is permitted to ask any question for which they have a good faith basis — an independent evidentiary foundation is not required: *Lyttle*, at paras. 46-48.

[40] However, the right to cross-examine is not unlimited. As a general rule, cross-examination questions must be relevant and their prejudicial effect must not outweigh their probative value: *Lyttle*, at paras. 44-45. In sexual assault cases, s. 276 specifically restricts the defence's ability to ask questions about the complainant's sexual history. By virtue of s. 276(3), full answer and defence is only one of the factors to be considered by the trial judge; it must be balanced against the danger to the other interests protected by s. 276(3). These additional limits are necessary to protect the complainant's dignity, privacy and equality interests: *Osolin*, at p. 669; see also *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 61-68. They also aim to achieve important societal objectives, including encouraging the reporting of sexual assault offences: s. 276(3)(b).

[41] Thus, the fact that the accused's ability to make full answer and defence requires that the complainant be cross-examined is not the end of the analysis. The scope of the permissible questioning must also be balanced with the danger to the other interests protected by s. 276(3), including the dignity and privacy interests of the complainant.

Bref, la dénégiation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégiation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. . .

[39] Généralement, un élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière est le droit de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées : *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 1 et 41; *Osolin*, p. 664-665; *Seaboyer*, p. 608. Le droit de contre-interroger est protégé à la fois par l'art. 7 et par l'al. 11d) de la *Charte*. Dans certaines situations, il se peut que le contre-interrogatoire soit le seul moyen de découvrir la vérité. L'importance fondamentale du contre-interrogatoire est reflétée par la règle générale selon laquelle un procureur peut poser toute question, pourvu qu'il le fasse de bonne foi — l'existence d'une preuve indépendante au soutien de la question n'est pas nécessaire : *Lyttle*, par. 46-48.

[40] Cela dit, le droit de contre-interroger n'est pas illimité. En règle générale, les questions posées en contre-interrogatoire doivent être pertinentes et leur effet préjudiciable ne doit pas excéder leur valeur probante : *Lyttle*, par. 44-45. Dans les affaires d'agression sexuelle, l'art. 276 restreint expressément la possibilité que la défense pose des questions sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Suivant le paragraphe 276(3), le droit à une défense pleine et entière n'est qu'un des facteurs que le juge du procès doit prendre en considération; en effet, ce facteur doit être mis en balance avec le risque de porter atteinte aux autres droits protégés au par. 276(3). Ces restrictions additionnelles sont nécessaires pour protéger les droits à la dignité, à la vie privée et à l'égalité des plaignantes : *Osolin*, p. 669; voir aussi *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61-68. Elles visent aussi la réalisation d'importants objectifs sociétaux soit, par exemple, celui d'encourager la dénonciation des agressions sexuelles : al. 276(3)b).

[41] Ainsi, le fait que l'accusé doit pouvoir contre-interroger la plaignante afin de présenter une défense pleine et entière ne clôt pas l'analyse. La portée de ce qu'il est permis de poser comme questions doit en outre être mise en balance avec le risque d'atteinte aux autres droits que protège le par. 276(3), notamment les droits à la dignité et à la vie privée de la plaignante.

[42] Here, the Crown introduced evidence of the complainant's pregnancy and virginity to corroborate her testimony that the assault occurred. In his s. 276 application, R.V. sought to challenge that inference by questioning the complainant about her sexual activity from June 1st to July 1st, 2013 in order to determine "whether any other individual could have impregnated the complainant" (A.R., vol. II, at pp. 3-4).

[43] When the accused seeks to inquire into the complainant's sexual history, the three subsections of s. 276 work together to achieve the provision's objectives.

[44] Section 276(1) sets out an absolute bar against introducing evidence for the purpose of drawing twin-myth inferences. Here, R.V.'s request to challenge the inference that the pregnancy resulted from the alleged assault did not engage the twin myths. As such, the application judge correctly concluded that the cross-examination was not barred by s. 276(1).

[45] If, as in this case, evidence that the complainant has engaged in sexual activity is to be adduced for another purpose, it is presumptively inadmissible unless the accused satisfies s. 276(2)(a) and (b) by identifying specific instances of sexual activity, relevant to an issue at trial. Where the accused applies to cross-examine the complainant about her sexual history to challenge Crown-led evidence, the analysis will often turn on the balancing exercise mandated by s. 276(2)(c). This third step involves weighing the factors set out in s. 276(3) to determine whether the probative value of the cross-examination is significant enough to substantially outweigh the dangers of prejudice to the proper administration of justice. This provision requires judges to determine the permissible scope of cross-examination in light of the competing rights of the accused and the complainant and the other interests set out in s. 276(3). Where the right to full answer and defence requires some cross-examination, judges should tailor their rulings to best safeguard the other interests protected by s. 276(3).

[42] En l'espèce, le ministère public a introduit une preuve de la grossesse et de la virginité de la plaignante pour corroborer son témoignage selon lequel l'agression avait eu lieu. Dans sa demande fondée sur l'art. 276, R.V. a exprimé vouloir contester cette inférence en interrogeant la plaignante sur son activité sexuelle du 1^{er} juin au 1^{er} juillet 2013 pour déterminer [TRADUCTION] « si quelqu'un d'autre aurait pu mettre la plaignante enceinte » (d.a., vol. II, p. 3-4).

[43] Lorsque l'accusé veut s'enquérir du comportement sexuel antérieur de la plaignante, les trois paragraphes de l'art. 276 s'appliquent ensemble pour permettre la réalisation des objectifs de la disposition.

[44] Le paragraphe 276(1) interdit de façon absolue la présentation d'une preuve dans le but de tirer des inférences fondées sur les deux mythes. En l'espèce, la demande de R.V. en vue de contester l'inférence selon laquelle la grossesse résultait de l'agression alléguée ne faisait pas intervenir les deux mythes. La juge saisie de la demande a donc conclu à bon droit que le par. 276(1) n'interdisait pas le contre-interrogatoire.

[45] Si, comme en l'espèce, la preuve de ce que la plaignante a eu une activité sexuelle doit être présentée dans un autre but, cette preuve est présumée inadmissible, sauf si l'accusé satisfait aux al. 276(2)a) et b) en identifiant des cas particuliers d'activité sexuelle qui sont en rapport avec un élément de la cause. Lorsque l'accusé demande à contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur pour contester des éléments de preuve présentés par le ministère public, l'analyse tient souvent en la mise en balance prescrite par l'al. 276(2)c). Cette troisième étape consiste à sopeser les facteurs énoncés au par. 276(3) pour déterminer si la valeur probante du contre-interrogatoire est suffisamment importante pour l'emporter sensiblement sur les risques d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice. Selon cette disposition, le juge doit déterminer la portée admissible du contre-interrogatoire à la lumière des droits concurrents de l'accusé et de la plaignante ainsi que des autres droits énoncés au par. 276(3). Lorsque le droit à une défense pleine et entière exige un certain contre-interrogatoire, le juge doit façonner sa décision pour sauvegarder du mieux qu'il le peut les autres droits que protège le par. 276(3).

[46] I now turn to the application of s. 276(2) to the facts of the case.

- (1) Section 276(2)(a): “Specific Instances of Sexual Activity”

[47] Broad exploratory questioning is never permitted under s. 276. Open-ended cross-examination concerning a complainant’s sexual history clearly raises the spectre of the impermissible uses of evidence that the provision was intended to eliminate. Section 276(2)(a) requires the accused to identify “specific instances of sexual activity” to avoid unnecessary incursions into the sexual life of the complainant.

[48] That said, the words “specific instances of sexual activity” must be read purposively and contextually. They limit admissible evidence to discrete sexual acts, and protect against the misuse of general reputation evidence to discredit the complainant and distort the trial process: see *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, at paras. 79-80. The “specific instances” requirement is buttressed by the procedural aspects of a s. 276 application, which require the accused to set out “detailed particulars” of the evidence to be adduced: s. 276.1(2). By requiring “detailed particulars”, the *Criminal Code* ensures that judges are equipped to meaningfully engage with the s. 276 analysis and that defence evidence does not take the Crown or complainant by surprise: *Darrach*, at para. 55; *Goldfinch*, at para. 51; see also *L.S.*, at paras. 82-85.

[49] Section 276(2)(a) does not always require an accused to come before the court armed with names, dates and locations. As counsel for the intervener Criminal Lawyers’ Association of Ontario pointed out, requiring such details may, in some cases, be unduly intrusive, defeating one of the provision’s most important objectives. Rather, as Doherty J.A. observed in *L.S.* and this Court affirmed in *Goldfinch*, the degree of specificity required depends on the circumstances of the case, the nature of the sexual activity that the accused seeks to adduce and the

[46] Je passe maintenant à l’application du par. 276(2) aux faits de l’espèce.

- (1) L’alinéa 276(2)a) : « cas particuliers d’activité sexuelle »

[47] Suivant l’article 276, il n’est jamais permis de se livrer à un interrogatoire exploratoire tous azimuts. Un contre-interrogatoire sans restriction sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante évoque manifestement le spectre que posent les utilisations inadmissibles de la preuve que la disposition vise à éliminer. L’alinéa 276(2)a) oblige donc l’accusé à identifier des « cas particuliers d’activité sexuelle » pour éviter les incursions inutiles dans la vie sexuelle de la plaignante.

[48] Cela dit, les mots « cas particuliers d’activité sexuelle » doivent être interprétés de manière téléologique et contextuelle. Ils limitent la preuve admissible à des actes sexuels distincts, et protègent contre la mauvaise utilisation d’une preuve générale de réputation visant à discréditer la plaignante et à dénaturer le procès : voir *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, par. 79-80. L’exigence des « cas particuliers » est renforcée par les aspects procéduraux d’une demande fondée sur l’art. 276, qui oblige l’accusé à énoncer « toutes précisions au sujet de la preuve en cause » : par. 276.1(2). En exigeant « toutes précisions », le *Code criminel* fait en sorte que les juges sont bien outillés pour faire l’analyse qui s’impose en application de l’art. 276 et que la preuve de la défense ne prend pas le ministère public ou la plaignante par surprise : *Darrach*, par. 55; *Goldfinch*, par. 51; voir également *L.S.*, par. 82-85.

[49] L’alinéa 276(2)a) n’oblige pas toujours l’accusé à se présenter devant le tribunal muni de noms, de dates et de lieux. Comme l’a souligné la procureure de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario, il pourrait, dans certains cas, être indûment intrusif d’exiger de telles précisions, frustrant ainsi un des objectifs les plus importants de la disposition. Comme le juge Doherty de la Cour d’appel l’a noté dans *L.S.*, et comme la Cour l’a confirmé dans *Goldfinch*, le degré de précision requis dépend des circonstances de l’affaire, de la nature

use to be made of that evidence: *L.S.*, at para. 83; *Goldfinch*, at para. 53.

[50] Here, R.V. proposed to cross-examine the complainant about other sexual activity that could have caused her pregnancy, without knowing what her answers would be. Because his defence was a bare denial, he obviously sought to establish that the pregnancy was the result of *some other* activity. Is this enough to qualify as “detailed particulars” of “specific instances of sexual activity” in the circumstances of this case? Does it provide sufficient notice to the complainant and Crown and equip the judge to apply s. 276?

[51] The Crown argues that it does not. In its view, s. 276 requires the accused to identify “concrete particulars” and to provide an evidentiary basis in support of a s. 276 application. The Crown agreed with the application judge that R.V.’s request amounted to nothing more than a “fishing expedition” — precisely the kind of free-ranging cross-examination s. 276 aims to prevent.

[52] In my view, the application judge erred when she concluded that the accused failed to identify evidence of specific instances of sexual activity. As Paciocco J.A. rightly noted, this requirement must be interpreted purposively and the objectives of the requirement would have been satisfied here.

[53] R.V. sought to cross-examine the complainant on a specific instance of sexual activity — the activity that caused her pregnancy — evidence of which was introduced by the Crown. The pregnancy itself demonstrated only that sexual activity capable of impregnating the complainant took place around July 1st. The existence of such activity was not speculative. But the fact of pregnancy here did not reveal exactly when or *with whom* that sexual activity occurred. The proposed cross-examination

de l’activité sexuelle que l’accusé cherche à mettre en preuve et de l’utilisation qui sera faite de cette preuve : *L.S.*, par. 83; *Goldfinch*, par. 53.

[50] En l’espèce, R.V. se proposait de contre-interroger la plaignante sur une autre activité sexuelle qui aurait pu causer sa grossesse, sans connaître les réponses qu’elle donnerait. Parce que sa défense consistait en une simple dénégation, il cherchait évidemment à établir que la grossesse était le résultat d’une *autre* activité. Cette demande de contre-interrogatoire satisfait-elle à l’exigence de fournir « toutes précisions » au sujet de « cas particuliers d’activité sexuelle » dans les circonstances de l’espèce? Donne-t-elle un préavis suffisant à la plaignante et au ministère public et outille-t-elle le juge pour l’application de l’art. 276?

[51] Le ministère public répond que ce n’est pas le cas. À son avis, l’art. 276 oblige l’accusé à donner des [TRADUCTION] « précisions concrètes » et à fournir des éléments de preuve au soutien de la demande fondée sur l’art. 276. Le ministère public était d’accord avec le juge saisi de la demande pour dire que ce que demandait R.V. n’était en fait qu’une « recherche à l’aveuglette » — précisément le type de contre-interrogatoire tous azimuts que l’art. 276 vise à empêcher.

[52] À mon avis, le juge saisi de la demande a commis une erreur en concluant que l’accusé n’avait pas identifié d’éléments de preuve de cas particuliers d’activité sexuelle. Comme l’a fait observer à juste titre le juge Paciocco, cette exigence doit être interprétée de manière téléologique et il a été satisfait aux objectifs de l’exigence en l’espèce.

[53] R.V. a cherché à contre-interroger la plaignante sur un cas particulier d’activité sexuelle — l’activité qui a causé sa grossesse —, un élément de preuve qui a été introduit par le ministère public. Tout ce que la grossesse elle-même démontrait, c’est qu’une activité sexuelle capable de mettre la plaignante enceinte s’était produite vers le 1^{er} juillet. L’existence d’une telle activité n’avait rien d’hypothétique. Toutefois, en l’espèce, le fait de la grossesse ne révélait pas exactement quand ou *avec qui* l’activité sexuelle

was directed at challenging the inference that R.V. caused the pregnancy.

[54] During oral arguments before this Court, Crown counsel submitted that a bare denial cannot satisfy the “specific instances” requirement. However, this submission turns the presumption of innocence on its head. The Crown’s assertion that the pregnancy arose from the sexual activity that formed the subject-matter of the charge cannot prevent the accused from leading evidence to suggest that the pregnancy was caused by someone else or by some other sexual act. The presumption of innocence requires that R.V. be allowed to challenge the Crown’s evidence that he committed a sexual assault. Of course, the trier of fact may ultimately reject the accused’s denial. But, as Paciocco J.A. emphasized, it would be unfair for the Crown to rely on the complainant’s testimony that the accused caused the pregnancy while at the same time preventing the accused from challenging the complainant’s account.

[55] Moreover, pregnancy is evidence of sexual activity that can be situated within a particular timeframe. R.V.’s s. 276 application set out a specific, albeit broad, timeframe of one month. At trial, the medical evidence established a rough two-week window during which conception would have occurred. In either case, the clearly identified time period, along with the specific nature of the activity — activity capable of causing pregnancy — was sufficiently specific to satisfy s. 276(2)(a).

(2) Section 276(2)(b): “Relevant to an Issue at Trial”

[56] The accused’s s. 276 application must also identify the relevance of the evidence to be adduced. As a matter of logic, evidence tendered to rebut Crown-led evidence implicating the accused will be relevant to the accused’s defence. As noted above, even in the 1982 iteration of s. 276, Parliament carved out an exception for evidence rebutting

avait eu lieu. Le contre-interrogatoire proposé visait à contester l’inférence selon laquelle R.V. avait causé la grossesse.

[54] Au cours de sa plaidoirie devant la Cour, la procureure du ministère public a prétendu qu’une simple dénégation ne saurait satisfaire l’exigence des « cas particuliers ». Or, cet argument renverse la présomption d’innocence. La thèse du ministère public selon laquelle la grossesse résultait de l’activité sexuelle qui faisait l’objet de l’accusation ne peut empêcher l’accusé de présenter une preuve qui laisse entendre que la grossesse a été causée par quelqu’un d’autre ou par un autre acte sexuel. La présomption d’innocence veut que R.V. soit autorisé à contester la preuve présentée par le ministère public selon laquelle il aurait commis une agression sexuelle. Bien entendu, le juge des faits peut en définitive rejeter la dénégation de l’accusé. Toutefois, comme l’a souligné le juge Paciocco, il serait injuste que le ministère public s’appuie sur le témoignage de la plaignante selon lequel l’accusé a causé la grossesse tout en empêchant l’accusé de contester le récit de la plaignante.

[55] Qui plus est, la grossesse est la preuve d’une activité sexuelle qui peut être située dans un intervalle de temps déterminé. La demande de R.V. fondée sur l’art. 276 faisait état d’un intervalle circonscrit, quoique large, d’un mois. Au procès, la preuve médicale a établi une fenêtre approximative de deux semaines pendant laquelle la conception se serait produite. Dans un cas comme dans l’autre, l’intervalle de temps clairement identifié ainsi que la nature précise de l’activité — une activité capable de causer la grossesse — étaient suffisamment précis pour qu’il soit satisfait à l’al. 276(2)(a).

(2) L’alinéa 276(2)(b) : « en rapport avec un élément de la cause »

[56] La demande de l’accusé fondée sur l’art. 276 doit en outre préciser la pertinence de la preuve qui sera présentée. En toute logique, une preuve présentée pour réfuter celle présentée par le ministère public et qui incrimine l’accusé sera pertinente pour sa défense. Rappelons que même dans la version de l’art. 276 promulguée en 1982, le législateur avait

Crown-led evidence of the complainant's sexual activity or absence thereof.

[57] In *Seaboyer*, McLachlin J. noted that the complainant's other sexual activity "may be relevant to explain the physical conditions on which the Crown relies to establish intercourse or the use of force, such as semen, pregnancy, injury or disease": p. 614. L'Heureux-Dubé J., writing in dissent, agreed that where the Crown contends that physical consequences such as pregnancy were caused by an assault, the defence may adduce sexual history evidence in rebuttal: p. 682.

[58] In this case, the Crown suggests that because the answers to R.V.'s questions were unknown, the relevance of those questions was speculative. I cannot accept this proposition. The relevance of the proposed questioning was clear. The Crown relied on the pregnancy as corroborating the complainant's account. Regardless of her answers, the complainant's testimony would be relevant. If she denied the existence of other sexual activity, this could strengthen the Crown's case. But if other sexual activity could have occurred during the relevant time period, the probative value of the pregnancy would be significantly reduced.

[59] Given the clear relevance of challenging Crown-led evidence, in cases like the present appeal, the outcome of the analysis will generally turn on balancing the probative value of the evidence with its potential prejudice to the complainant and the proper administration of justice.

(3) Section 276(2)(c): Balancing Competing Interests

[60] Even where proposed evidence is sufficiently specific and relevant, cross-examination about a complainant's sexual history is only allowed if the

établi une exception touchant la preuve réfutant celle présentée par le ministère public du comportement sexuel de la plaignante ou de l'absence d'un tel comportement.

[57] Dans l'arrêt *Seaboyer*, la juge McLachlin a affirmé que d'autres éléments de preuve relatifs au comportement sexuel de la plaignante « peuvent servir à expliquer les faits matériels sur lesquels le ministère public se fonde pour établir l'existence de rapports sexuels ou l'usage de la force, notamment le sperme, la grossesse, les blessures ou les maladies » : p. 614. La juge L'Heureux-Dubé, dissidente, était d'accord pour dire que lorsque le ministère public soutient que des conséquences physiques comme la grossesse ont été causées par une agression, la défense peut présenter une contre-preuve de comportement sexuel antérieur sur ce point : p. 682.

[58] En l'espèce, le ministère public prétend que parce que les réponses aux questions de R.V. étaient inconnues, la pertinence de ces questions était hypothétique. Je ne peux accepter cette proposition. La pertinence des questions proposées était évidente. Le ministère public s'appuyait sur la grossesse pour corroborer le récit de la plaignante. Indépendamment de ses réponses, le témoignage de la plaignante serait pertinent. Si elle niait l'existence d'une autre activité sexuelle, la preuve du ministère s'en trouverait renforcée. Toutefois, si une autre activité sexuelle avait pu se produire dans l'intervalle de temps pertinent, la valeur probante de la grossesse s'en trouverait considérablement réduite.

[59] Puisqu'il est manifestement pertinent de contester la preuve présentée par le ministère public, dans des cas comme celui qui nous occupe, le résultat de l'analyse dépendra généralement de la mise en balance de la valeur probante de la preuve et du risque d'effets préjudiciables pour la plaignante et pour la bonne administration de la justice.

(3) L'alinéa 276(2)c) : la mise en balance d'intérêts divergents

[60] Même lorsque la preuve proposée est suffisamment précise et pertinente, le contre-interrogatoire portant sur le comportement sexuel antérieur de la

proposed line of questioning has “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”: s. 276(2)(c). This balancing requires judges to pay careful attention to the factors listed in s. 276(3) in assessing the potential impact of the evidence on the accused, the complainant and the administration of justice.

[61] The application judge appears to have concluded that the s. 276(3) factors also militated against granting R.V.’s application. At the *voir dire*, defence counsel suggested that the evidence indicated that conception occurred mid-June. This in itself weakened the Crown’s inference that the pregnancy resulted from the July 1st assault. In addition, the application judge was of the view that R.V. could question the complainant about her claim of virginity without engaging s. 276. Accordingly, she held that the probative value of any further questions about the complainant’s sexual activity was highly uncertain. In her assessment, the complainant’s dignity and privacy interests outweighed the “speculative” probative value of the proposed questioning.

[62] While R.V. did not know the answers to the questions he sought to ask, I agree with Paciocco J.A. that “uncertainty of result does not deprive a line of questioning of its probative value”: para. 64. The application judge should not have considered the probability that R.V.’s questioning would be successful, but rather whether the answers would be probative. Because the answers had the potential to undermine or confirm important Crown evidence, their probative value was high. In my view, two factors related to the probative value of the evidence required that some form of cross-examination of the complainant be allowed:

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence; [and]

...

plaignante n’est autorisé que si « le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice [des séries de questions proposées] ne l’emporte pas sensiblement sur [leur] valeur probante » : al. 276(2)c). Cette mise en balance oblige le juge à tenir soigneusement compte des facteurs énumérés au par. 276(3) dans l’évaluation de l’effet potentiel de la preuve sur l’accusé, sur la plaignante et sur l’administration de la justice.

[61] La juge saisie de la demande a apparemment conclu que les facteurs prévus au par. 276(3) militaient eux aussi contre la requête de R.V. Lors du *voir-dire*, le procureur de la défense a affirmé que, selon la preuve, la conception avait eu lieu à la mi-juin. Cette thèse affaiblissait par le fait même l’inférence du ministère public selon laquelle la grossesse avait résulté de l’agression du 1^{er} juillet. Qui plus est, la juge saisie de la demande était d’avis que R.V. pouvait interroger la plaignante sur son affirmation de virginité sans faire entrer en jeu l’art. 276. En conséquence, elle a statué que la valeur probante de toute autre question portant sur le comportement sexuel de la plaignante était très incertaine. Elle estimait que les droits à la dignité et à la vie privée de la plaignante l’emportaient sur la valeur probante « hypothétique » des questions proposées.

[62] Même si R.V. ignorait les réponses aux questions qu’il voulait poser, je suis d’accord avec le juge Paciocco pour dire que [TRADUCTION] « l’incertitude du résultat ne prive pas une série de questions de sa pertinence » : par. 64. La juge saisie de la demande n’aurait pas dû examiner la probabilité que l’interrogatoire de R.V. porte fruit; elle aurait dû plutôt se demander si les réponses allaient être probantes. Parce que les réponses pouvaient éventuellement miner ou confirmer une preuve à charge importante, elles avaient une grande valeur probante. À mon avis, deux facteurs liés à la valeur probante de la preuve exigeaient qu’une forme quelconque de contre-interrogatoire de la plaignante soit autorisée :

a) l’intérêt de la justice, y compris le droit de l’accusé à une défense pleine et entière; [et]

...

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case.

[63] In *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, L'Heureux-Dubé J. wrote that “[s]ection 276 cannot be interpreted so as to deprive a person of a fair defence”: para. 11; see also *Darrach*, at para. 43; *Seaboyer*, at p. 616. Thus, in weighing how the accused may respond to Crown-led evidence, the judge must ensure the accused is not denied the right to make full answer and defence.

[64] Simply put, the more important evidence is to the defence, the more weight must be given to the rights of the accused. For example, the need to resort to questions about a complainant’s sexual history will be significantly reduced if the accused can advance a particular theory without referring to the complainant’s sexual history. But in other circumstances — where challenging the Crown’s evidence of the complainant’s sexual history directly implicates the accused’s ability to raise a reasonable doubt — cross-examination becomes fundamental to the accused’s ability to make full answer and defence and must be allowed in some form: *Mills*, at paras. 71 and 94.

[65] This is such a case. Here, there was no independent evidence of paternity. In light of R.V.’s denial, the only way he could challenge the inference urged by the Crown was by cross-examining the complainant with respect to other sexual activity. In these circumstances, the complainant’s privacy must yield to cross-examination in order to avoid convicting the innocent.

[66] In addition, where the accused’s defence involves challenging Crown-led evidence, cross-examination assists the trier of fact in arriving at a just determination: *Seaboyer*, at p. 609; see also S. Ozkin, “Balancing of Interests: Admissibility of Prior Sexual History under Section 276” (2011), 57

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste.

[63] Dans l’arrêt *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, la juge L’Heureux-Dubé a écrit que « [l]’article 276 ne peut être interprété de façon à priver une personne du droit à une défense équitable » : par. 11; voir aussi *Darrach*, par. 43; *Seaboyer*, p. 616. Par conséquent, en évaluant comment l’accusé peut répondre à une preuve présentée par le ministère public, le juge doit veiller à ce que l’accusé ne soit pas privé du droit de présenter une défense pleine et entière.

[64] En termes simples, plus la preuve est importante pour la défense, plus il faut donner de poids aux droits de l’accusé. Par exemple, le besoin d’avoir recours à des questions sur le comportement sexuel antérieur d’une plaignante sera considérablement réduit si l’accusé peut présenter sa théorie de la cause sans faire mention du comportement sexuel antérieur de la plaignante. Toutefois, dans d’autres situations — lorsque la contestation de la preuve présentée par le ministère public du comportement sexuel antérieur de la plaignante a une incidence directe sur la capacité de l’accusé de soulever un doute raisonnable —, le contre-interrogatoire devient primordial pour la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et il doit être autorisé sous une forme ou une autre : *Mills*, par. 71 et 94.

[65] C’est le cas en l’espèce. Ici, il n’y avait aucune preuve indépendante de paternité. Vu la dénégation de R.V., la seule façon qu’il avait de contester l’inférence mise de l’avant par le ministère public était de contre-interroger la plaignante sur une autre activité sexuelle. Dans cette situation, la vie privée de la plaignante doit céder le pas au contre-interrogatoire pour éviter qu’un innocent soit déclaré coupable.

[66] En outre, lorsque la défense de l’accusé comprend une contestation de la preuve présentée par le ministère public, le contre-interrogatoire aide le juge des faits à parvenir à une décision juste : *Seaboyer*, p. 609; voir aussi S. Ozkin, « Balancing of Interests : Admissibility of Prior Sexual History

Crim. L.Q. 327, at pp. 331-32. Because the window for conception overlapped with the date of the alleged assault, the pregnancy could corroborate the complainant's account. However, the trial judge's ability to rely on the pregnancy depended on the extent to which he could rule out the possibility that other sexual activity had caused it. Thus, both ss. 276(3)(a) and 276(3)(c) required permitting some form of cross-examination of the complainant.

[67] This does not, however, open a door to wide-ranging inquiries. The right to a fair trial does not guarantee the most favourable procedures imaginable: *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 64; *Darrach*, at para. 24; *Mills*, at para. 75. Even where the right to a fair trial requires cross-examination of the complainant, it does not entitle an accused to pursue the *most* expansive cross-examination. The scope of the permissible questioning must also be determined by balancing the accused's rights with the other rights and interests protected by s. 276(3), including:

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy; [and]

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law.

The trial judge must therefore narrow the scope of the questioning to minimize the impact on the complainant, while maintaining the accused's ability to answer the charges.

[68] Inquiries into any individual's sexual history are highly intrusive. The threat to the complainant's dignity and privacy is even higher when the proposed questions surround the conduct of a 15-year-old. Both the length of the relevant time period and the degree of detail to be adduced impact the potential prejudice to the complainant: see, e.g., *R. v. Nkemka*, 2013 ONSC 2121, at paras. 10-20 (CanLII). Open-ended questioning about an individual's sexual activity, even

under Section 276 » (2011), 57 *Crim. L.Q.* 327, p. 331-332. Parce que la fenêtre pendant laquelle la conception aurait pu se produire chevauchait la date de l'agression alléguée, la grossesse pouvait corroborer le récit de la plaignante. Toutefois, la capacité du juge du procès de s'appuyer sur la grossesse dépendait de la mesure dans laquelle il pouvait exclure la possibilité qu'une autre activité sexuelle l'ait causée. En conséquence, les alinéas 276(3)a) et 276(3)c) exigeaient tous les deux qu'une forme quelconque de contre-interrogatoire de la plaignante soit autorisée.

[67] Cela n'ouvre toutefois pas la porte à des enquêtes tous azimuts. Le droit à un procès équitable ne garantit pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer : *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 64; *Darrach*, par. 24; *Mills*, par. 75. Même lorsque le droit à un procès équitable exige le contre-interrogatoire de la plaignante, il ne permet pas à un accusé de mener le contre-interrogatoire le *plus* approfondi qui soit. Il faut également déterminer la portée des questions admissibles, en soupesant les droits de l'accusé et les autres droits et intérêts que protège le par. 276(3), notamment :

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée; [et]

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi.

Le juge du procès doit donc restreindre la portée des questions pour minimiser leur effet sur la plaignante, tout en maintenant la capacité de l'accusé de répondre aux accusations.

[68] Les questions sur le comportement sexuel antérieur de tout individu sont très intrusives. La dignité et la vie privée de la plaignante sont d'autant plus menacées lorsque les questions proposées portent sur le comportement d'une adolescente de 15 ans. La durée de la période pertinente et le degré de détail à présenter ont une incidence sur le préjudice que risque de subir la plaignante : voir, p. ex., *R. c. Nkemka*, 2013 ONSC 2121, par. 10-20 (CanLII). Des questions

during a particular timeframe, risks devolving into the very type of inquiry that s. 276 was intended to prevent. Caution must be exercised where the proposed inquiry captures a broad range of sexual activity and is limited only by a specified timeframe.

[69] Determining the boundaries of permissible cross-examination will always be a challenging and fact-specific task. In the present case, where the complainant maintained she was a virgin and had no boyfriend at the time of the assault, only limited questioning was appropriate. In other cases, more latitude may be warranted.

[70] In summary, R.V.'s right to make full answer and defence required some means of challenging the Crown's reliance on the pregnancy. In my view, a correct balancing of the interests set out in s. 276(3) would have allowed R.V. to inquire into: (i) the complainant's understanding of the types of sexual activity capable of causing pregnancy and (ii) whether she engaged in any such activity at the end of June and the beginning of July. However, to minimize the impact on the complainant's privacy and dignity, that inquiry needed to be limited. As I discuss below, even when a s. 276 application is granted, the trial judge must continue to keep these interests in mind throughout the trial.

(4) The Trial Judge's Gatekeeper Role

[71] This Court recently emphasized the important "gatekeeper" role trial judges play in sexual assault cases: *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at paras. 68 and 197; *Goldfinch*, at para. 75. The procedural and evidentiary context of this case illustrates two aspects of this role: (i) the importance of remaining alive to the objectives of s. 276 as the trial unfolds by actively supervising cross-examination and adapting s. 276 rulings as necessary when new evidence comes to light; and (ii) the advantages of assessing the evidence of other sexual activity to be adduced by *both* the defence (as required by s. 276)

ouvertes sur le comportement sexuel de quelqu'un, même si elles portent sur un intervalle de temps déterminé, risquent de devenir précisément le type d'enquête que vise à empêcher l'art. 276. La prudence s'impose lorsque l'enquête proposée porte sur un large éventail d'activités sexuelles et n'est limitée que par un intervalle de temps précis.

[69] La détermination des limites d'un contre-interrogatoire admissible sera toujours une tâche ardue et tributaire des faits. En l'espèce, tandis que la plaignante soutenait qu'elle était vierge et qu'elle n'avait pas de copain au moment de l'agression, il fallait s'en tenir à des questions limitées. Dans d'autres cas, une plus grande latitude pourrait être justifiée.

[70] Bref, le droit de R.V. à une défense pleine et entière exigeait qu'il dispose d'un moyen pour contester l'inférence relative à la grossesse sur laquelle s'appuyait le ministère public. À mon avis, une mise en balance adéquate des intérêts énumérés au par. 276(3) aurait permis à R.V. de poser des questions : (i) sur ce que la plaignante savait des formes d'activité sexuelle pouvant entraîner une grossesse et (ii) sur le point de savoir si elle s'était livrée à des activités de ce genre à la fin juin et au début juillet. Toutefois, pour minimiser l'effet sur la vie privée et la dignité de la plaignante, il fallait que cette enquête soit limitée. Comme je l'expliquerai plus loin, même si une demande fondée sur l'art. 276 est accueillie, le juge du procès doit tenir compte de ces intérêts tout au long du procès.

(4) Le juge du procès et son rôle de gardien

[71] La Cour a récemment souligné l'important rôle de « gardien » que joue le juge du procès dans les affaires d'agression sexuelle : *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 68 et 197; *Goldfinch*, par. 75. Le contexte de l'espèce, sur le plan de la procédure et de la preuve, illustre deux aspects de ce rôle : (i) l'importance que le juge demeure sensible aux objectifs de l'art. 276 pendant le déroulement du procès en supervisant activement les contre-interrogatoires et en adaptant au besoin les décisions prises en application de l'art. 276 lorsque de nouveaux éléments de preuve sont révélés; et

and the Crown (in light of s. 276(1) and the common law *Seaboyer* principles).

(a) *Monitoring Cross-Examination and Re-Visiting Section 276 Applications Throughout the Trial*

[72] Section 276 continues to operate even after an initial evidentiary ruling has been rendered. Trial judges must therefore remain vigilant in ensuring the objectives of the provision are upheld as the trial unfolds. Cross-examination about the complainant's sexual history, where permitted, should be closely monitored to ensure it remains within the permissible limits. And as evidence emerges, it may become necessary to re-consider prior s. 276 rulings.

[73] First, where targeted cross-examination of the complainant is permitted, trial judges must strike a delicate balance between giving counsel sufficient latitude to conduct effective cross-examination and minimizing any negative impacts on the complainant and the trial process. Proposed questions should be canvassed in advance and may be re-assessed based on the answers received. In certain cases, it may even be appropriate to approve specific wording: see, e.g., *Nkemka*, at para. 18; *R. v. Akumu*, 2017 BCSC 533, at paras. 26-31 and 35-54 (CanLII).

[74] Second, as a general rule, an order related to the conduct of trial may be varied or revoked if there is a material change of circumstances: C.A. reasons, at paras. 98-103; see also *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, at para. 30; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 21; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 28. As evidence emerges at trial, both the probative value and potential prejudice of proposed evidence may change. If a material change of circumstances occurs, either party may request that a previous evidentiary ruling be re-visited.

(ii) les avantages d'évaluer la preuve d'autres activités sexuelles si elle est présentée par la défense (comme l'exige l'art. 276) ou si elle est présentée par le ministère public (en vertu du par. 276(1) et des principes de common law exposés dans l'arrêt *Seaboyer*).

a) *Surveiller les contre-interrogatoires et réexaminer les demandes fondées sur l'art. 276 tout au long du procès*

[72] L'article 276 continue à s'appliquer, même après le prononcé de la décision initiale sur la preuve. Le juge du procès doit donc continuer à veiller au respect des objectifs de la disposition tout au long du procès. Le contre-interrogatoire portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante, lorsqu'il est autorisé, doit être étroitement surveillé pour qu'il respecte les limites fixées. Au fur et à mesure que de nouveaux éléments de preuve ressortent, il peut en outre devenir nécessaire de réexaminer des décisions fondées sur l'art. 276 rendues antérieurement.

[73] Premièrement, lorsqu'un contre-interrogatoire ciblé de la plaignante est permis, le juge du procès doit établir un équilibre délicat qui consiste à donner au procureur la latitude suffisante pour mener un contre-interrogatoire efficace tout en minimisant tout effet négatif sur la plaignante et sur le processus judiciaire. Les questions proposées doivent être examinées à l'avance et peuvent être réévaluées en fonction des réponses reçues. Dans certains cas, il peut même être opportun d'approuver une formulation précise : voir, p. ex., *Nkemka*, par. 18; *R. c. Akumu*, 2017 BCSC 533, par. 26-31 et 35-54 (CanLII).

[74] Deuxièmement, en règle générale, une ordonnance relative à l'instruction du procès peut être modifiée ou révoquée s'il y a un changement important des circonstances : motifs de la C.A., par. 98-103; voir également *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, par. 30; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 21; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 28. Au fur et à mesure que des éléments de preuve ressortent au procès, tant la valeur probante que l'effet préjudiciable potentiel de la preuve proposée peuvent changer. S'il survient un changement important des circonstances, une partie peut demander qu'une décision antérieure en matière de preuve soit réexaminée.

[75] In this case, the application judge refused R.V.'s request to question the complainant on her sexual history. At the outset of the trial, the trial judge subsequently held that because the trial had been continued before him under s. 669.2 of the *Criminal Code*, the pre-trial motions could not be re-litigated and he was bound by the application judge's s. 276 ruling. But as the Court of Appeal correctly stated, s. 669.2 does not displace the general rule that a trial judge has discretion to re-consider rulings made earlier in the proceedings if there is a material change of circumstances: paras. 98-108.

[76] In this case, the trial judge also observed, correctly, that no material change of circumstances had occurred between the s. 276 ruling and the start of trial. Nevertheless, given that the trial judge held that he could not re-consider the ruling — which included the erroneous conclusion that the proposed cross-examination did not qualify as a specific instance of sexual activity — I accept that counsel for the accused may have thought it would be futile to apply for a re-consideration, even if the circumstances changed during the trial.

[77] Indeed, the evidentiary foundation *did* shift in this case. At the *voir dire*, counsel for R.V. suggested that the date of conception was approximately June 14th — 17 days prior to the alleged offence. However, the doctor's testimony at trial established that conception would have occurred between June 21st and July 5th. As the potential conception date coincided more closely with the date of the assault, the probative value of the pregnancy as evidence of the assault increased. The narrower timeframe also decreased the potential prejudice to the complainant. Both are factors that would likely have provided grounds for re-considering the s. 276 ruling.

(b) *The Admissibility of Crown Evidence and the Possibility of Joint Assessments*

[78] While s. 276(2) applies only to evidence “admitted by or on behalf of the accused”, s. 276(1)

[75] En l'espèce, la juge saisie de la demande a interdit à R.V. d'interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur. À l'ouverture du procès, le juge du procès a subséquemment statué que, parce que le procès s'était poursuivi devant lui en application de l'art. 669.2 du *Code criminel*, les requêtes préalables ne pouvaient pas être plaidées de nouveau et qu'il était lié par la décision de la juge saisie de la demande fondée sur l'art. 276. Or, comme l'a affirmé à bon droit la Cour d'appel, l'art. 669.2 n'écarte pas la règle générale selon laquelle le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de réexaminer les décisions prises antérieurement dans l'instance s'il y a un changement important des circonstances : par. 98-108.

[76] En l'espèce, le juge du procès a également souligné, à bon droit, qu'aucun changement important des circonstances n'était survenu entre la décision fondée sur l'art. 276 et l'ouverture du procès. Néanmoins, comme il a statué qu'il ne pouvait pas réexaminer la décision — qui comprenait la conclusion erronée selon laquelle le contre-interrogatoire proposé ne satisfaisait pas à l'exigence qu'il porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle —, je reconnais que le procureur de l'accusé a pu penser qu'il aurait été futile de demander un réexamen, même si la situation changeait en cours de procès.

[77] De fait, le fondement probatoire a *effectivement* changé en l'espèce. Lors du voir-dire, le procureur de R.V. a affirmé que la date approximative de la conception était le 14 juin — soit 17 jours avant l'infraction alléguée. Or, le témoignage de la médecin au procès a établi que la conception aurait eu lieu entre le 21 juin et le 5 juillet. Puisque la date éventuelle de conception coïncidait de façon plus étroite avec la date de l'agression, la valeur probante de la grossesse comme preuve de l'agression avait augmenté. L'intervalle de temps plus court réduisait également l'effet préjudiciable éventuel pour la plaignante. Ce sont là deux facteurs qui auraient vraisemblablement fourni un motif de réexamen de la décision fondée sur l'art. 276.

(b) *L'admissibilité de la preuve du ministère public et la possibilité d'évaluations conjointes*

[78] Bien que le par. 276(2) ne s'applique qu'à la preuve présentée par « l'accusé ou son représentant »,

and the common law principles apply to Crown-led evidence of a complainant's sexual history: *Barton*, at para. 80. In *Seaboyer*, McLachlin J. emphasized the importance of the trial judge's gatekeeper role in ensuring that sexual history evidence "possesses probative value on an issue in the trial . . . [that] is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice flowing from the evidence": p. 635. Irrespective of which party adduces evidence of the complainant's sexual history, the trial judge must guard against twin-myth reasoning as well as prejudice to the complainant, the trial process and the administration of justice.

[79] Where, as in this case, the accused's s. 276 application relates to Crown-led evidence, it would be prudent to consider both the Crown's proposed use of the evidence and any challenges proposed by the accused at the same time. A view of how both sides intend to use the evidence would allow trial judges to more accurately assess the impact of admitting such evidence and appropriately tailor the ways in which it may be adduced. Further, the Crown's decision to adduce evidence, or even to call a particular witness, is a matter of prosecutorial discretion: *Darrach*, at para. 69. If the manner in which the evidence may be challenged is clear from the outset, the Crown can make an informed decision about whether the interests of justice are served by adducing the evidence in the first place.

[80] Here, the Crown introduced evidence of the complainant's sexual history. In direct examination, the Crown asked the complainant if she was a "virgin" at the time of the assault and when that "physical state" changed. The complainant responded that she was a virgin on July 1st and indicated that she had sexual intercourse for the first time on September 2nd. The complainant's doctor also testified to conversations regarding the complainant's sexual activity. It is not clear on the record why the Crown adduced this evidence in this way. Whether these statements were admissible, as well as how the defence would

le par. 276(1) et les principes de common law s'appliquent à la preuve présentée par le ministère public au sujet du comportement sexuel antérieur d'une plaignante : *Barton*, par. 80. Dans l'arrêt *Seaboyer*, la juge McLachlin a souligné l'importance du rôle de gardien que joue le juge du procès en s'assurant que la preuve du comportement sexuel antérieur « possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et [que] le danger d'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante » : p. 635. Quelle que soit la partie qui présente une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante, il revient au juge du procès d'être sensible au raisonnement fondé sur les deux mythes et au préjudice causé à la plaignante, au processus judiciaire et à l'administration de la justice.

[79] Dans les cas où, comme en l'espèce, la demande de l'accusé fondée sur l'art. 276 a trait à un élément de preuve présenté par le ministère public, il serait prudent d'examiner en même temps l'utilisation que compte faire ce dernier de cette preuve et les contestations que l'accusé lui oppose. En sachant comment les deux parties entendent utiliser la preuve, le juge du procès serait en mesure d'évaluer avec plus d'exactitude l'effet qu'aurait l'admission de cette preuve et de façonner adéquatement les manières dont cette preuve peut être présentée. Qui plus est, la décision du ministère public de présenter un élément de preuve, voire d'assigner un témoin en particulier, relève du pouvoir discrétionnaire du poursuivant : *Darrach*, par. 69. Si la manière dont la preuve peut être contestée est connue au départ, le ministère public peut décider de manière éclairée si les intérêts de la justice sont servis en l'introduisant.

[80] En l'espèce, le ministère public a présenté une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante. En interrogatoire principal, le ministère public a demandé à la plaignante si elle était « vierge » au moment de l'agression et quand cet « état physique » avait changé. La plaignante a répondu qu'elle était vierge le 1^{er} juillet et a affirmé avoir eu un rapport sexuel pour la première fois le 2 septembre. La médecin de la plaignante a en outre témoigné au sujet de conversations relatives à l'activité sexuelle de la plaignante. Le dossier n'indique pas clairement pourquoi le ministère public a présenté cette preuve

be permitted to challenge them, should have been decided in advance.

[81] Whether sexual *inactivity* is captured by either s. 276 or the *Seaboyer* principles is not directly at issue before this Court. There is appellate authority stating that s. 276 does not prevent the complainant from testifying as to virginity: *R. v. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308 (Ont. C.A.), aff'd 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381, on a different point, at para. 33; *R. v. Brothers* (1995), 169 A.R. 122 (C.A.), at paras. 26-29. However, these cases also recognize that admitting evidence of virginity raises further questions, including: (i) the inferences the finder of fact may be asked to draw from the fact of the complainant's virginity and (ii) how the accused may challenge this claim: see *Pittiman*, at paras. 34-37; *Brothers*, at paras. 30-35. While I leave this issue for another day, I agree with Paciocco J.A. that it would be incongruous to hold that the statement "I am a virgin" does not engage s. 276 while an answer to the contrary would clearly be a reference to sexual activity: para. 79.

[82] Nonetheless, questions regarding when the complainant ceased to be a virgin undoubtedly fell within the ambit of s. 276 and the *Seaboyer* principles. In this case, the Crown presumably sought to confirm that the complainant had not engaged in sexual activity during the timeframe when conception could have occurred. How the Crown intended to adduce this evidence — and whether discussion of her activity on September 2nd, well beyond the conception timeframe, was necessary — should have been evaluated in advance and considered alongside R.V.'s s. 276 application.

B. Section 686(1)(b)(iii): Has a Miscarriage of Justice Occurred?

[83] The application judge erred in adopting an overly restrictive approach to s. 276. Asking the complainant whether she had engaged in other sexual

de cette façon. Il aurait fallu décider à l'avance si ces déclarations étaient admissibles et comment la défense serait autorisée à les contester.

[81] La question de savoir si l'*inactivité* sexuelle est visée par l'art. 276 ou par les principes énoncés dans l'arrêt *Seaboyer* n'est pas directement en cause devant la Cour. Des cours d'appel ont affirmé que l'art. 276 n'empêche pas la plaignante de témoigner au sujet de sa virginité : *R. c. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308 (C.A. Ont.), conf. par 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381, sur un autre point, par. 33; *R. c. Brothers* (1995), 169 A.R. 122 (C.A.), par. 26-29. Toutefois, ces affaires reconnaissent également que l'admission d'une preuve de virginité soulève d'autres questions, notamment (i) les inférences que le juge des faits peut être invité de tirer du fait de la virginité de la plaignante et (ii) comment l'accusé peut contester cette allégation : voir *Pittiman*, par. 34-37; *Brothers*, par. 30-35. Bien que je remette à plus tard l'examen de cette question, je souscris aux propos du juge Paciocco selon lequel il serait incongru de statuer que la déclaration « Je suis vierge » ne fait pas entrer en jeu l'art. 276, alors qu'une réponse au contraire serait manifestement une référence à une activité sexuelle : par. 79.

[82] Dans tous les cas, les questions relatives au moment où la plaignante a cessé d'être vierge tombaient toutefois indéniablement sous le coup de l'art. 276 et des principes énoncés dans l'arrêt *Seaboyer*. En l'espèce, le ministère public cherchait présumément à confirmer que la plaignante ne s'était pas livrée à une activité sexuelle pendant la période où la conception aurait pu avoir lieu. Les questions de savoir comment le ministère public entendait présenter cette preuve — et de savoir s'il était nécessaire de discuter de son activité du 2 septembre, bien après l'intervalle de conception — auraient dû être évaluées à l'avance et examinées parallèlement à la demande de R.V. fondée sur l'art. 276.

B. Sous-alinéa 686(1)b)(iii) : y a-t-il eu erreur judiciaire grave?

[83] La juge saisie de la demande a commis une erreur en adoptant une approche trop restrictive à l'égard de l'art. 276. Demander à la plaignante si

activity that could have resulted in pregnancy during the relevant timeframe was sufficient to satisfy the “specific instances” requirement of s. 276(2). Some cross-examination on other possible causes of the pregnancy was warranted to safeguard R.V.’s ability to defend himself on the charges. Further, the trial judge erred in concluding, at the outset of the trial, that he did not have the discretion to re-hear the s. 276 application. As I explained above, given the application judge’s refusal to grant the application, the evidence that emerged at trial would likely have constituted a material change of circumstances, justifying a re-consideration. The *effect* of these errors, however, must be viewed in light of the fact that the trial judge permitted the defence to cross-examine the complainant on the issue of virginity.

[84] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* permits a court of appeal to dismiss an appeal from a conviction where “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. In my view, R.V. suffered no substantial wrong because *despite* these errors, the questions he was permitted to ask allowed him to adequately challenge the inference urged by the Crown.

[85] The curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) may be applied where there is no “reasonable possibility that the verdict would have been different had the error . . . not been made”: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 28. Applying the curative proviso is appropriate in two circumstances: (i) where the error is harmless or trivial; or (ii) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would inevitably convict: *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 53; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34; *Khan*, at paras. 29-31.

[86] Cross-examination is undoubtedly a key element of the right to make full answer and defence. This Court has held that sometimes “there will be no other way to expose falsehood, to rectify error,

elle avait eu une autre activité sexuelle qui aurait pu causer la grossesse dans l’intervalle de temps pertinent était suffisant pour satisfaire à l’exigence des « cas particuliers » du par. 276(2). Un certain contre-interrogatoire sur d’autres causes possibles de grossesse était justifié pour protéger la capacité de R.V. d’opposer une défense aux accusations. De plus, le juge du procès a commis une erreur en concluant, à l’ouverture du procès, qu’il n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de réexaminer la demande fondée sur l’art. 276. Comme je l’ai expliqué précédemment, compte tenu du refus de la juge saisie de la demande d’accueillir la demande, la preuve qui est ressortie au procès aurait vraisemblablement constitué un changement important des circonstances justifiant un réexamen. Il faut toutefois considérer l’*effet* de ces erreurs, en tenant compte du fait que le juge du procès a permis à la défense de contre-interroger la plaignante sur la question de la virginité.

[84] Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* permet à une cour d’appel de rejeter un appel d’une déclaration de culpabilité lorsqu’« aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit ». À mon avis, R.V. n’a subi aucun tort important, puisque, *malgré* les erreurs commises, les questions qu’il a été autorisé à poser lui ont permis de contester adéquatement l’inférence mise de l’avant par le ministère public.

[85] La disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s’applique que lorsqu’il n’existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28. L’application de la disposition réparatrice convient dans deux situations : (i) l’erreur est inoffensive ou négligeable; ou (ii) la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité : *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 53; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34; *Khan*, par. 29-31.

[86] Le contre-interrogatoire est sans contredit un élément clé du droit à une défense pleine et entière. La Cour a déclaré que, parfois, « il n’existe en effet aucun autre moyen de mettre au jour des faussetés, de

to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed”: *Lyttle*, at para. 1 (emphasis in original); see also *Osolin*, at p. 663. Thus, as a general rule, counsel “may pursue any hypothesis that is honestly advanced on the strength of reasonable inference, experience or intuition”: *Lyttle*, at para. 48. Because it is difficult to predict what lines of questioning counsel might pursue and what evidence may have emerged had cross-examination been permitted, a failure to allow relevant cross-examination will almost always be grounds for a new trial: *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 151; *Crosby*, at para. 20; *Osolin*, at pp. 674-75.

[87] The key question at this stage is whether the errors in this case prevented R.V. from making full answer and defence. More specifically, is it clear that R.V. was able to adequately challenge the inference that the pregnancy confirmed his participation in the assault? Here, the Court of Appeal did not specifically address the scope of the permissible cross-examination. However, it held that whatever cross-examination occurred was “not a fair substitute for the cross-examination that should have been allowed”: para. 91.

[88] I disagree. In this case — where the proposed cross-examination involved the conduct of a 15-year-old who testified she was a virgin — wide-ranging questions would have been inappropriate. Instead, the circumstances of this case warranted tightly controlled questioning of the complainant. R.V.’s right to make full answer and defence entitled him to test whether someone else could have caused the complainant’s pregnancy. As discussed above, a correct balancing of the interests set out in s. 276(3) would have allowed R.V. to make limited inquiries into: (i) the complainant’s understanding of the types of sexual activity capable of causing pregnancy and (ii) whether she engaged in any such activity at the end of June and the beginning of July. As I shall explain, the defence was allowed to do so — despite the errors in the s. 276 ruling.

rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais » : *Lyttle*, par. 1 (souligné dans l’original); voir aussi *Osolin*, p. 663. Par conséquent, en règle générale, un procureur « peut soulever toute hypothèse qu’il avance honnêtement sur la foi d’inférences raisonnables, de son expérience ou de son intuition » : *Lyttle*, par. 48. Parce qu’il est difficile de savoir quelles questions l’avocat aurait posées et quelle preuve serait ressortie si un contre-interrogatoire avait été autorisé, le défaut de permettre un contre-interrogatoire pertinent justifiera presque toujours la tenue d’un nouveau procès : *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 151; *Crosby*, par. 20; *Osolin*, p. 674-675.

[87] La question clé à ce stade est de savoir si les erreurs commises en l’espèce ont empêché R.V. de présenter une défense pleine et entière. Plus précisément, est-il clair que R.V. a été capable de contester l’inférence selon laquelle la grossesse confirmait sa participation à l’agression? En l’espèce, la Cour d’appel n’a pas expressément traité de la portée de ce qui aurait été un contre-interrogatoire admissible. Elle a toutefois statué que le contre-interrogatoire qui a effectivement eu lieu [TRADUCTION] « n’était pas un substitut adéquat [à celui] qui aurait dû être autorisé » : par. 91.

[88] Je ne suis pas d’accord. En l’espèce — où le contre-interrogatoire proposé portait sur le comportement d’une jeune de 15 ans qui a dit être vierge — des questions tous azimuts auraient été inappropriées. Les circonstances de l’espèce justifiaient plutôt un interrogatoire de la plaignante rigoureusement contrôlé. Le droit de R.V. à une défense pleine et entière l’autorisait à vérifier si quelqu’un d’autre aurait pu avoir mis la plaignante enceinte. Je le répète, une mise en balance adéquate des intérêts énoncés au par. 276(3) aurait permis à R.V. de poser des questions limitées : (i) sur ce que la plaignante savait des formes d’activité sexuelle pouvant entraîner une grossesse et (ii) sur le point de savoir si elle s’était livrée à des activités de ce genre à la fin juin et au début juillet. Comme je vais l’expliquer, la défense a été autorisée à poser ces questions, malgré les erreurs entachant la décision fondée sur l’art. 276.

[89] Before this Court, counsel for R.V. advanced the theory that the complainant had engaged in such sexual activity with her boyfriend during June or July. Afraid of the potential repercussions once her family found out she was pregnant, the complainant fabricated the story about the assault. Counsel argued a new trial is required because R.V. was unable to pursue this theory at trial and it is impossible to know whether this strategy would have succeeded.

[90] I remain unpersuaded. Having reviewed the trial transcripts in light of the questioning that actually occurred as well as that suggested by counsel, I am satisfied that the accused was not precluded from adequately testing the evidence in this case.

[91] First, the application judge’s ruling permitted R.V. to ask the complainant about her understanding of “virginity” and to challenge whether she was telling the truth about being sexually inactive.

[92] Defence counsel asked the complainant about her understanding of the types of sexual activity capable of causing pregnancy. He asked, “you knew that sexual intercourse could lead to pregnancy” and “if there was contact between the male genitals and the female genitals, sexual intercourse didn’t have to occur, but you could become . . . pregnant from that type of sexual conduct”? The complainant responded affirmatively to both questions (A.R., vol. V, at pp. 26-27).

[93] The complainant consistently maintained (to her doctor, the police and the court) that she was both a virgin and not sexually active prior to September 2013. In challenging this evidence, defence counsel asked about her definition of “virginity” and “sexual activity”. Among a number of questions on these issues, he asked, “your knowledge . . . of virginity is somebody who hasn’t had actual full sexual intercourse” and she replied, “Yes” (A.R.,

[89] Devant la Cour, l’avocat de R.V. a exposé la théorie selon laquelle la plaignante s’était livrée à une activité sexuelle de ce genre avec son copain en juin ou juillet. Craignant les répercussions pouvant s’ensuivre une fois que sa famille découvrirait qu’elle était enceinte, la plaignante avait inventé l’histoire de l’agression. Le procureur de R.V. a soutenu qu’un nouveau procès s’impose, puisque R.V. n’a pas été en mesure de faire valoir cette théorie au procès et qu’il est impossible de savoir si cette stratégie aurait porté fruit.

[90] Je ne suis toujours pas convaincue. Ayant examiné les transcriptions du procès à la lumière des questions qui ont effectivement été posées et des questions qui auraient pu être posées selon son procureur, je suis convaincue que l’accusé n’a pas été empêché de vérifier adéquatement la preuve en l’espèce.

[91] Premièrement, la décision de la juge saisie de la demande permettait à R.V. de demander à la plaignante ce qu’elle entendait par la « virginité » et si elle avait dit la vérité en affirmant qu’elle était sexuellement inactive.

[92] Le procureur de la défense a interrogé la plaignante à propos de ce qu’elle savait des formes d’activité sexuelle susceptibles d’entraîner une grossesse. Il lui a demandé, [TRADUCTION] « vous saviez que des rapports sexuels pouvaient entraîner une grossesse » et que « s’il y a eu contact entre les organes génitaux de l’homme et ceux de la femme, il n’était pas nécessaire que des rapports sexuels surviennent, mais vous pouviez devenir [. . .] enceinte après avoir eu ce genre de comportement sexuel »? La plaignante a répondu aux deux questions par l’affirmative (d.a., vol. V, p. 26-27).

[93] La plaignante a constamment affirmé (à sa médecin, à la police et au tribunal) qu’elle était à la fois vierge et sexuellement inactive avant septembre 2013. Pour mettre ce témoignage à l’épreuve, le procureur de la défense lui a demandé ce qu’elle entendait par « virginité » et « activité sexuelle ». Parmi les questions qu’il lui a posées sur ces points, il lui a demandé, [TRADUCTION] « votre connaissance [. . .] de la virginité est celle d’une personne qui n’a

vol. V, at p. 28). At another point in her testimony, the complainant broadly defined “sexual activity” so as to include even the touching of genitals. Counsel also challenged the complainant’s statement to her doctor during the following exchange:

pas eu de rapports sexuels complets », ce à quoi elle a répondu « Oui » (d.a., vol. V, p. 28). À un autre moment de son témoignage, la plaignante a défini largement l’« activité sexuelle » comme englobant même le fait de toucher les organes génitaux. Le procureur a également contesté, lors de l’échange suivant, ce que la plaignante a dit à sa médecin :

[TRANSDUCTION]

Q. And, [the doctor] asked you, specifically, if you had been having sexual activities?

Q. Et, [la médecin] vous a demandé explicitement si vous vous étiez livrée à des activités sexuelles?

A. Yes, she did.

R. Oui, elle l’a fait.

Q. And, you said, no?

Q. Et, vous avez dit non?

A. Yeah.

R. Ouais.

Q. And, that wasn’t accurate, what you’re telling the court is true?

Q. Et ce n’était pas exact, ce que vous dites au tribunal est vrai?

A. I’m sorry.

R. Pardon.

Q. When you told the doctor you were having sexual activity, that was, wasn’t accurate?

Q. Quand vous avez mentionné au médecin que vous vous adonniez à des activités sexuelles, ce n’était pas exact?

A. But, that was true, because I wasn’t having sexual activity before September 2nd.

R. Mais c’était vrai, parce que je n’ai pas eu d’activité sexuelle avant le 2 septembre.

Q. Well, but the incident itself is a form of sexual activity, wouldn’t you agree?

Q. Bien, mais l’incident est en soi une forme d’activité sexuelle, n’êtes-vous pas d’accord?

A. Yes, but, at that time, I, I hadn’t told anyone, so I didn’t . . .

R. Oui, mais à ce moment-là, je ne l’avais dit à personne, donc je n’ai pas . . .

Q. You didn’t want to tell her?

Q. Vous ne vouliez pas le lui dire?

A. I, I didn’t. I felt super uncomfortable.

R. Je, je ne voulais pas. J’étais super mal à l’aise.

Q. Okay. And, so, you said, no, even though you, in your mind, you probably knew that this had happened, right? It didn’t go away, you . . .

Q. D’accord. Et donc, vous avez dit « non », même si vous, dans votre esprit, vous saviez probablement que c’était arrivé, n’est-ce pas? Ce n’est pas disparu, vous . . .

A. Yes, and . . .

R. Oui et . . .

Q. . . . were thinking about it?

Q. . . . vous y songiez?

A. Yeah.

R. Ouais.

Q. But, when you talked to the doctor on the 22nd of August, the first day, I take it, that when she asked that, I guess you just said, no, because you didn't want to tell her?

A. Yes, and because I also wasn't sure if it had occurred exactly that day, or if it didn't.

Q. Okay. But, contact of the nature that you've described is a form of sexual activity, you'd agree?

A. Yeah.

(A.R., vol. V, at pp. 37-38 (emphasis added))

[94] At no point did the trial judge prevent defence counsel from further exploring the complainant's definition of "virginity" or what she meant when she told her doctor she was not sexually active prior to September 2nd.

[95] During cross-examination, the complainant was also questioned about when she met her boyfriend. She testified that she "met up with him, I think, after July, and we officially started dating on December 26th". Defence counsel challenged this testimony, suggesting she was "hanging out with him in July and August". The complainant responded, "[a]t the end of July, beginning of August" (A.R., vol. V, at pp. 15-17). Defence counsel chose not to press her further on this point.

[96] In short, nothing in the record, apart from speculation, suggests that the 15-year-old complainant was sexually active or even had a romantic partner at any time relevant to challenging the pregnancy evidence, despite cross-examination on both issues. As such, I am persuaded that the scope of permissible cross-examination would not have been any broader than the questioning that actually occurred.

[97] Second, the s. 276 ruling did not prevent defence counsel from advancing the theory that the complainant lied to protect her relationship with her

Q. Mais, lorsque vous avez parlé à la médecin le 22 août, le premier jour, si je ne m'abuse, quand elle vous a demandé cela, je suppose que vous avez dit « non », parce que vous ne vouliez pas le lui dire?

R. Oui, et parce que je n'étais pas certaine si ça s'était passé exactement ce jour-là, ou non.

Q. D'accord. Mais, le genre de contact dont vous avez parlé est une forme d'activité sexuelle, n'êtes-vous pas d'accord?

R. Ouais.

(d.a., vol. V, p. 37-38 (je souligne))

[94] Le juge du procès n'a jamais empêché le procureur de la défense d'interroger plus à fond la plaignante sur ce qu'elle entendait par « virginité » ou ce qu'elle voulait dire quand elle a mentionné à sa médecin qu'elle n'était pas sexuellement active avant le 2 septembre.

[95] Pendant le contre-interrogatoire, la plaignante s'est également fait interroger sur le moment où elle avait rencontré son copain. Elle a affirmé [TRADUCTION] « l'avoir rencontré, je crois, après juillet, et nous avons officiellement commencé à sortir ensemble le 26 décembre ». Le procureur de la défense a contesté ce témoignage, en suggérant qu'elle [TRADUCTION] « le fréquentait en juillet et en août ». La plaignante a répondu « [à] la fin juillet, début août » (d.a., vol. V, p. 15-17). Le procureur de la défense a décidé de ne pas l'interroger davantage sur ce point.

[96] Bref, rien dans le dossier, mis à part des conjectures, n'indique que la plaignante âgée de 15 ans était sexuellement active, ni même qu'elle avait un amoureux à quelque moment que ce soit qui serait pertinent pour contester la preuve de la grossesse, et ce, malgré un contre-interrogatoire sur ces deux questions. Je suis donc convaincue que la portée d'un contre-interrogatoire admissible n'aurait pas été plus large que l'interrogatoire qui a effectivement eu lieu.

[97] Deuxièmement, la décision rendue en application de l'art. 276 n'a pas empêché le procureur de la défense de faire valoir la théorie suivant laquelle

boyfriend. Counsel asked the complainant to confirm that she told the police in September 2013 that she had a boyfriend she “really, really” liked, which she did. Counsel also asked whether the complainant’s mother had threatened to kick her out of the house if she ever became pregnant — the complainant acknowledged that she had. Counsel further suggested that the complainant wanted to hide the assault and pregnancy so she did not “look bad” to her family — the complainant agreed she had thought about this.

[98] I acknowledge that this cross-examination may have been less effective because counsel could not ask the final question: “I put to you that it’s actually your boyfriend that you were having sex with in July”. However, the implication of the questions asked at trial was clear and the trial judge could have considered the possibility of a motive to lie. Indeed, before this Court, counsel for R.V. candidly admitted that nothing prevented the defence from further probing the complainant’s testimony about when she began seeing her boyfriend or her motive to lie. Accordingly, it cannot be said that any error with respect to s. 276 prevented the accused from making this argument.

IV. Conclusion

[99] For these reasons, I conclude that neither the application judge’s interpretive error with respect to s. 276(2)(a) nor the trial judge’s conclusion that he was bound by the previous s. 276 ruling prevented R.V. from making full answer and defence at trial. On the facts of this case, the errors are harmless and there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the errors not been made. R.V. suffered no substantial wrong as a result of these errors.

[100] I would allow the appeal and restore R.V.’s conviction.

la plaignante avait menti pour protéger sa relation avec son copain. Le procureur a demandé à la plaignante de confirmer avoir dit aux policiers en septembre 2013 qu’elle avait un copain qu’elle aimait [TRADUCTION] « vraiment beaucoup », ce qu’elle a fait. Le procureur a également demandé à la plaignante si sa mère l’avait menacée de l’expulser du foyer si jamais elle devenait enceinte : la plaignante a reconnu que sa mère l’avait fait. Le procureur a en outre suggéré que la plaignante voulait dissimuler l’agression et la grossesse pour éviter de « mal paraître » aux yeux de sa famille; la plaignante a convenu qu’elle y avait songé.

[98] Je reconnais que ce contre-interrogatoire a pu être moins efficace parce que l’avocat n’a pas pu poser la dernière question : « Je vous suggère que c’est en fait avec votre copain que vous aviez des rapports sexuels en juillet ». Toutefois, ce que laissent croire les questions posées au procès était limpide et il était loisible au juge du procès d’envisager la possibilité d’un mobile pour mentir. D’ailleurs, devant la Cour, le procureur de R.V. a admis candidement que rien n’empêchait la défense d’examiner de manière plus approfondie le témoignage de la plaignante quant au moment où elle a commencé à fréquenter son copain ou à son mobile pour mentir. En conséquence, on ne peut pas dire qu’une erreur à l’égard de l’art. 276 a empêché l’accusé de faire valoir cet argument.

IV. Conclusion

[99] Pour ces motifs, je conclus que ni l’erreur d’interprétation de la juge saisie de la demande à l’égard de l’al. 276(2)a) ni la conclusion du juge du procès selon laquelle il était lié par la décision fondée sur l’art. 276 rendue antérieurement n’ont empêché R.V. de présenter une défense pleine et entière au procès. Eu égard aux faits de l’espèce, les erreurs sont anodines et il n’existe aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent en l’absence des erreurs. R.V. n’a subi aucun tort important du fait des erreurs.

[100] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de R.V.

The following are the reasons delivered by

[101] BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) — This is the third appeal decided in recent weeks, along with *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, and *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, where the Court is called upon to interpret the purpose, scope, and application of s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Sexual offence trials are unique among criminal trials in Canada (A.F., at p. 1). Evidence of a complainant’s sexual history is inadmissible where it is tendered by the accused, unless and until the accused meets the admissibility criteria set out in s. 276(2).

[102] In *Barton* and *Goldfinch*, the Court explained how the admissibility criteria operates where *the accused* seeks to lead evidence of a complainant’s sexual history at trial. This appeal, however, turns on how to apply the admissibility criteria where *the Crown* leads evidence of a complainant’s sexual history, and the accused seeks to challenge that evidence through relevant cross-examination. We stress that, in this appeal, the Crown was not merely introducing evidence of the complainant’s sexual history for the purposes of providing “background”, or as the necessary link to explain a series of events, but as a central plank of the case incriminating R.V.

[103] The Crown’s position is that the admissibility criteria remains the same for the accused, regardless of who elicits the evidence. The application judge adopted the Crown’s position. In her s. 276 ruling, the application judge found that R.V. could not pursue certain lines of inquiry because he did not know, *in advance of cross-examination*, what the complainant’s evidence would be. R.V. could not, therefore, establish “specific instances of sexual activity” as she interpreted s. 276(2). His proposed inquiries were nothing more than a “fishing expedition” into the

Version française des motifs rendus par

[101] LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents) — Il s’agit du troisième pourvoi tranché en quelques semaines, parallèlement aux arrêts *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, et *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, dans le cadre duquel la Cour doit interpréter l’objet, la portée et l’application de l’art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Les procès pour infractions d’ordre sexuel sont uniques parmi les procès criminels au Canada (m.a., p. 1). La preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante est inadmissible lorsqu’elle est présentée par l’accusé, sauf si celui-ci respecte les critères d’admissibilité énoncés au par. 276(2).

[102] Dans les arrêts *Barton* et *Goldfinch*, la Cour a expliqué de quelle façon s’appliquent les critères d’admissibilité lorsque *l’accusé* cherche à présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante au procès. Le présent pourvoi porte plutôt sur l’application des critères d’admissibilité lorsque *le ministère public* présente une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante, et que l’accusé cherche à contester cette preuve au moyen d’un contre-interrogatoire pertinent. Nous tenons à souligner que dans le présent pourvoi, le ministère public ne présentait pas une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante simplement pour fournir une « mise en contexte », ou comme lien nécessaire pour expliquer une série d’événements; il la présentait plutôt comme l’élément central du dossier de preuve incriminant R.V.

[103] Le ministère public plaide que les critères d’admissibilité sont les mêmes pour l’accusé, sans égard à la personne qui obtient la preuve. La juge saisie de la demande a adopté cette position. Dans sa décision fondée sur l’art. 276, elle a conclu que R.V. ne pouvait pas poser certaines questions parce qu’il ne connaissait pas, *au préalable*, les réponses que donnerait la plaignante. Par conséquent, R.V. ne pouvait pas établir de « cas particuliers d’activité sexuelle » au sens où il faut entendre le par. 276(2). Les pistes d’investigation qu’il se proposait de suivre

complainant's sexual history, and the probative value was "speculative" at best (A.R., vol. I, at pp. 15-16). At trial, the trial judge held that he lacked the jurisdiction under s. 669.2 of the *Criminal Code* to revisit the application judge's ruling.

[104] We are all agreed that the application judge misapplied the admissibility criteria under s. 276 and further, that the trial judge erred in holding that he had no jurisdiction to reconsider the s. 276 ruling in light of the evidence adduced by the Crown. What divides us is not the proper application of the admissibility criteria under s. 276(2) in these circumstances, where we are in agreement with the majority, but the appropriate remedy for the errors of the application and trial judges.

[105] The majority finds that, notwithstanding the erroneous s. 276 ruling, any impact on trial fairness was of no moment because R.V. managed to effectively conduct the cross-examination that the ruling restricted. While the application judge adopted an "overly restrictive approach" to cross-examination, the majority would not order a new trial since "the scope of permissible cross-examination would not have been any broader than the questioning that actually occurred" and "nothing in the record, apart from speculation, suggests that the 15-year-old complainant was sexually active or even had a romantic partner at any time relevant to challenging the pregnancy evidence, despite cross-examination on both issues" (paras. 83 and 96). The majority therefore invokes the curative proviso (s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*) to restore R.V.'s conviction.

[106] We cannot agree. The errors in this case were not "harmless" or "minor". Nor was the evidence overwhelming. Indeed, one may get the impression

n'étaient rien de plus qu'une [TRADUCTION] « recherche à l'aveuglette » dans le comportement sexuel antérieur de la plaignante, et la valeur probante de ces éléments de preuve était tout au plus « conjecturale » (d.a., vol. I, p. 15-16). Au procès, le juge a conclu que l'art. 669.2 du *Code criminel* ne lui conférait pas compétence pour réexaminer la décision de la juge saisie de la demande.

[104] Nous sommes tous d'avis que la juge saisie de la demande a mal appliqué les critères d'admissibilité énoncés à l'art. 276 et que, en outre, le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas compétence pour réexaminer la décision fondée sur l'art. 276 à la lumière de la preuve présentée par le ministère public. Ce qui nous divise n'est pas l'application correcte des critères d'admissibilité prévus au par. 276(2) dans les présentes circonstances — au sujet de laquelle nous sommes d'accord avec les juges majoritaires —, mais concerne la réparation adéquate des erreurs de la juge saisie de la demande et du juge du procès.

[105] Les juges majoritaires concluent que, malgré la décision erronée fondée sur l'art. 276, l'effet éventuel de cette erreur sur l'équité du procès a été sans importance, parce que R.V. a réussi à mener le contre-interrogatoire que la décision l'empêchait de mener. Même si la juge saisie de la demande a adopté une « approche trop restrictive » du contre-interrogatoire, les juges majoritaires sont d'avis de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès, puisque « la portée d'un contre-interrogatoire admissible n'aurait pas été plus large que l'interrogatoire qui a effectivement eu lieu » et « rien dans le dossier, mis à part des conjectures, n'indique que la plaignante âgée de 15 ans était sexuellement active, ni même qu'elle avait un amoureux à quelque moment que ce soit qui serait pertinent pour contester la preuve de la grossesse, et ce, malgré un contre-interrogatoire sur ces deux questions » (par. 83 et 96). Les juges majoritaires invoquent donc la disposition réparatrice (sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*) pour rétablir la déclaration de culpabilité de R.V.

[106] Nous ne sommes pas d'accord. Les erreurs commises en l'espèce n'étaient pas « inoffensives » ou « négligeables ». La preuve n'était pas non plus

after reading the majority’s reasons that all R.V. was deprived of was the ability to ask two additional interrogatories (para. 88). But this is not so. While the immediate effect of the ruling was to prohibit R.V. from cross-examining the complainant on the *legitimate* theory that a different person was the cause of the complainant’s pregnancy, R.V. was deprived of much more than simply the opportunity to ask two additional interrogatories, or hear certain responses. He was denied *an entire process* of questioning. This had reverberating effects on all aspects of his defence that render the majority’s parsing of the transcript highly unpersuasive. Quite simply, as we cannot know what a witness will say in cross-examination, none of us can know the nature of the evidence R.V. may have elicited but for the erroneous s. 276 ruling. And that is what divides us.

I. The Curative Proviso

[107] We are mindful of the following general principles concerning the proviso. It is the Crown who must show that a conviction should stand despite a finding that there was an error of law. And as this Court has repeatedly held, the proviso can only be invoked where there is *no* reasonable possibility that the verdict would have been different had the error not been made (see *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at para. 24; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at paras. 34-36).

[108] Unsurprisingly, then, the curative proviso is rarely (successfully) invoked, and applies where, and *only* where, the error is minor or harmless, or the evidence is overwhelming. These are, moreover, separate and distinct preconditions to the application of the proviso; “the seriousness of a trial judge’s error(s) is not balanced against the strength of the Crown’s case” (*R. v. Brown*, 2018 ONCA 481, 361 C.C.C. (3d) 510, at para. 77, citing *Sarrazin*, at paras. 22-28). In either circumstance, it is a high bar for the Crown to meet. We have repeatedly refused

accablante. De fait, on pourrait avoir l’impression, à la lecture des motifs des juges majoritaires, que R.V. n’a été privé que de la capacité de poser deux questions supplémentaires (par. 88). Mais il n’en est rien. Bien que l’effet immédiat de la décision était d’interdire à R.V. de contre-interroger la plaignante concernant la théorie *légitime* selon laquelle une autre personne était la cause de sa grossesse, R.V. a été privé de bien plus que de la simple possibilité de poser deux questions supplémentaires, ou d’entendre certaines réponses. Il a été privé d’*un processus complet* d’interrogatoire. Cette privation a eu des effets qui se sont répercutés sur tous les aspects de sa défense et qui rendent très peu convaincante l’analyse que font les juges majoritaires de la transcription. Dit simplement, puisqu’il est impossible de savoir ce que dira un témoin lors d’un contre-interrogatoire, aucun de nous ne peut connaître la nature de la preuve qu’aurait pu obtenir R.V., n’eût été la décision erronée fondée sur l’art. 276. Voilà ce qui nous divise.

I. La disposition réparatrice

[107] Nous sommes conscients des principes généraux suivants concernant la disposition réparatrice. Il incombe au ministère public de démontrer qu’il y a lieu de maintenir une déclaration de culpabilité en dépit d’une conclusion selon laquelle il y a eu une erreur judiciaire. De plus, comme la Cour l’a décidé à maintes reprises, la disposition réparatrice ne peut être invoquée que s’il n’existe *aucune* possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur (voir *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 24; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34-36).

[108] Il n’est donc pas surprenant que la disposition réparatrice soit rarement invoquée (avec succès) et qu’elle s’applique si, et *uniquement* si, l’erreur est négligeable ou inoffensive, ou lorsque la preuve est accablante. Il existe, en outre, des conditions préalables séparées et distinctes à l’application de la disposition; [TRADUCTION] « la gravité des erreurs du juge du procès n’est pas mise en balance avec la solidité de la preuve du ministère public » (*R. c. Brown*, 2018 ONCA 481, 361 C.C.C. (3d) 510, par. 77, citant *Sarrazin*, par. 22-28). Dans un

to lower the bar, even upon express invitation to do so, as was before us in *Sarrazin*.

[109] Here, no party argues that the evidence is overwhelming. The application of the proviso therefore turns on whether the erroneous s. 276 ruling was so minor or harmless that it could not have had an impact on the verdict.

[110] It is often difficult for an appellate court to speculate about how cross-examination might have affected the fact-finding process, had it not been unduly restricted. This is especially so where the Crown relies on circumstantial evidence (see LeBel J. dissenting, but not on this point, in *Sekhon*, at para. 88), as it did here with the evidence of pregnancy. And where (as here) a case involves not a single error at first instance, but *multiple* errors, the cumulative impact is assessed to determine whether such errors can truly be said to be minor or harmless (see *Brown*, at para. 75, citing *R. v. Bomberry*, 2010 ONCA 542, 267 O.A.C. 235, at para. 79; *R. v. Hill*, 2015 ONCA 616, 339 O.A.C. 90, at para. 102).

[111] The high bar on the proviso's use strongly affirms the need to safeguard the integrity of the criminal justice system from the risk of wrongful conviction. This risk looms large where there has been improper interference with the right of cross-examination, as the right to test the Crown's evidence through *relevant* cross-examination is guaranteed by both the common law and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a core element of the right to make full answer and defence (see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 611-12; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at para. 24; *R. v. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 593 A.R. 76, at para. 18; *Regina v. White* (1976), 1 Alta. L.R. (2d) 292, at p. 299). If an accused's right to test the Crown's evidence is irremediably impaired

cas comme dans l'autre, il s'agit d'un critère rigoureux auquel le ministère public doit satisfaire. Nous avons refusé à maintes reprises de l'assouplir, même lorsque nous avons été expressément invités à le faire, comme dans l'affaire *Sarrazin*.

[109] En l'espèce, personne ne plaide que la preuve est accablante. L'application de la disposition réparatrice dépend donc de la question de savoir si la décision erronée fondée sur l'art. 276 était à ce point négligeable ou inoffensive qu'elle n'a pu avoir un impact sur le verdict.

[110] Il est souvent difficile pour une cour d'appel de conjecturer sur la manière dont un contre-interrogatoire aurait pu avoir une incidence sur le processus de recherche des faits s'il n'avait pas été indûment restreint. Cela est particulièrement le cas lorsque le ministère public s'appuie sur une preuve circonstancielle (voir les motifs du juge LeBel, dissident, mais non sur ce point, dans *Sekhon*, par. 88), comme il l'a fait en l'espèce en ce qui concerne la preuve de grossesse. En outre, lorsque l'affaire (comme en l'espèce) porte non pas sur une seule erreur en première instance, mais sur de *multiples* erreurs, l'effet cumulatif est évalué afin d'établir si de telles erreurs peuvent véritablement être qualifiées de négligeables ou d'inoffensives (voir *Brown*, par. 75, citant *R. c. Bomberry*, 2010 ONCA 542, 267 O.A.C. 235, par. 79; *R. c. Hill*, 2015 ONCA 616, 339 O.A.C. 90, par. 102).

[111] Le critère rigoureux auquel il faut satisfaire pour appliquer la disposition réparatrice confirme avec vigueur le besoin de protéger l'intégrité du système de justice criminelle contre le risque d'une déclaration de culpabilité injustifiée. Ce risque occupe une place importante lorsqu'il y a eu une entrave induite au droit de contre-interroger un témoin, puisque le droit de vérifier la preuve du ministère public au moyen d'un contre-interrogatoire *pertinent* est garanti à la fois par la common law et par la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant qu'élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière (voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 611-612; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 24; *R. c. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 593 A.R. 76, par. 18; *Regina c. White*

through an inability to challenge a crucial part of the case against them, it will be inappropriate to invoke or apply the proviso (*R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 69-70, citing *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, at p. 144; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, at p. 311; see also *R. v. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162, at para. 215).

II. The Importance of Cross-Examination to a Fair Trial

[112] As a general rule, an accused has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word *as long as that right is not abused* (see *Lyttle*, at paras. 44 and 70). And we stress that this is *not* a case about an abusive cross-examination. While we share the majority's concern that this area of cross-examination can fall into abuse if it is not tightly controlled by all actors in the courtroom (see also Binnie J. in *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at paras. 121-22), here we all agree with Paciocco J.A.: R.V.'s proposed cross-examination of the complainant as to the cause of the pregnancy pertained to evidence that was relevant and had significant probative value that was not outweighed by substantial prejudice under s. 276 (2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696).

[113] We turn first to the majority's treatment of the cross-examination that actually did occur in this case. We disagree entirely as to whether *meaningful* cross-examination occurred, so as to support the conclusion that nothing would have changed had R.V. been able to pursue the inquiries the s. 276 ruling restricted. This appears to resurrect the very error that we all agree the application judge made (majority reasons, at para. 62, adopting Court of Appeal reasons, at para. 64): equating the probative value of cross-examination with its probability of success in eliciting the evidence sought (or equating

(1976), 1 Alta. L.R. (2d) 292, p. 299). Si l'incapacité de contester une partie cruciale de la preuve présentée contre lui a eu pour effet de porter irrémédiablement atteinte au droit de l'accusé de vérifier la preuve du ministère public, il sera inopportun d'invoquer ou d'appliquer la disposition réparatrice (*R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 69-70, citant *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, p. 144; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, p. 311; voir également *R. c. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162, par. 215).

II. L'importance du contre-interrogatoire pour l'équité d'un procès

[112] En règle générale, l'accusé a le droit de contre-interroger les témoins, et ce, au sens le plus complet et le plus large du terme, *pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit* (voir *Lyttle*, par. 44 et 70). Nous insistons pour dire que la présente affaire *n'en est pas* une où il est question d'un contre-interrogatoire abusif. Même si, à l'instar de nos collègues majoritaires, nous reconnaissons qu'un contre-interrogatoire en pareille matière risque de devenir abusif s'il n'est pas rigoureusement contrôlé par tous les acteurs dans la salle d'audience (voir également les motifs du juge Binnie dans *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 121-122), ici, nous sommes tous d'accord avec le juge Paciocco pour dire que le contre-interrogatoire de la plaignante que se proposait de faire R.V. quant à la cause de la grossesse avait trait à une preuve qui était pertinente et dont le risque d'effet préjudiciable grave ne l'emportait pas sur sa valeur probante importante, comme l'exige l'art. 276 (2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696).

[113] Nous nous penchons d'abord sur l'analyse que font les juges majoritaires quant au contre-interrogatoire qui a effectivement été mené en l'espèce. Nous sommes entièrement en désaccord sur la question de savoir si un contre-interrogatoire *utile* a eu lieu, de telle sorte que serait étayée la conclusion selon laquelle rien n'aurait changé si R.V. avait pu poser les questions qu'il a été empêché de poser par la décision fondée sur l'art. 276. Cela semble faire renaître l'erreur qu'à commise, à notre avis unanime, la juge saisie de la demande (motifs des juges majoritaires, par. 62, adoptant les motifs de

the right of cross-examination with “the certainty of result”). But this view of cross-examination reduces it to nothing more than a checklist of topics, where the relevance of questioning is contingent on the examiner’s ability to know, in advance, the responses of the opposing witness. And this impoverished view of cross-examination has long ago been rejected by this Court.

[114] We therefore do not accept that R.V. was denied merely the ability to ask two additional questions, or hear two further responses, as the majority suggests. Rather, he was denied *an entire process* of questioning. This denial impacted all aspects of his defence at trial in ways that cannot be accounted for by the majority’s strained parsing of the transcript. As we will explain, cross-examination is an organic process — each answer potentially affecting the cross-examiner’s bearing — rather than a (mechanistic) checklist of topics, and, as such, none of us can know whether a properly designed cross-examination culminating in a series of questions (which, again, we all agree should have been permitted) would have elicited evidence favourable to R.V.’s case. Cross-examination, after all, is not canvassed in torpor.

[115] Of even more fundamental concern to us is that the majority’s reasoning is inconsistent with how this Court has (traditionally) regarded the effects of improper interference with the right of cross-examination on the fairness of a criminal trial. The leading decision of this Court is *Lyttle*. Although distinguishable on its facts and not a case involving the application of s. 276, the legal issue in *Lyttle* — the effect an improperly constrained cross-examination has on the fairness of an accused’s trial — bears striking similarity to the case at bar. We therefore recount the reasoning in that case at some length, focusing on two of its foremost principles that bear

la Cour d’appel, par. 64) : soit assimiler la valeur probante du contre-interrogatoire à la probabilité qu’il permette d’obtenir la preuve recherchée (ou assimiler le droit au contre-interrogatoire à « la certitude du résultat »). Or, cette façon de voir le contre-interrogatoire le réduit à rien de plus qu’une liste de sujets et fait dépendre la pertinence des questions de la capacité de la personne qui interroge de connaître, à l’avance, les réponses du témoin de la partie adverse. En outre, cette approche appauvrie du contre-interrogatoire a été rejetée par la Cour il y a longtemps.

[114] Nous ne pouvons donc pas accepter que R.V. a uniquement été empêché de poser deux questions supplémentaires, ou d’entendre deux réponses de plus, comme le suggèrent nos collègues majoritaires. Il a plutôt été privé *du processus complet* d’interrogatoire. Cette privation a eu une incidence sur tous les aspects de sa défense au procès d’une façon qui ne peut pas être prise en compte dans l’analyse minutieuse inadéquate de la transcription que font nos collègues. Comme nous l’expliquerons, le contre-interrogatoire est un processus dynamique — chaque réponse étant susceptible d’avoir une incidence sur la direction que poursuit celui qui interroge — plutôt qu’une liste (figée) de sujets et, en conséquence, aucun de nous ne peut savoir si un contre-interrogatoire conçu adéquatement se terminant par une série de questions (qui, encore une fois, auraient dû être permises selon notre avis unanime) aurait mis en lumière des éléments de preuve favorables à la défense de R.V. Après tout, il n’est pas possible de mener machinalement un contre-interrogatoire.

[115] Ce qui constitue une préoccupation encore plus fondamentale pour nous, c’est que le raisonnement des juges majoritaires est incompatible avec l’analyse que la Cour a faite (traditionnellement) des effets d’une intervention inadmissible à l’égard du droit à un contre-interrogatoire sur l’équité d’un procès criminel. L’arrêt de principe de la Cour à cet égard est l’arrêt *Lyttle*. Bien qu’il soit possible d’établir une distinction entre l’espèce et les faits de l’affaire *Lyttle* et qu’il n’était pas question dans cette affaire de l’application de l’art. 276, la question de droit traitée dans cet arrêt — soit l’effet qu’a un contre-interrogatoire indûment restreint sur l’équité

on the question of whether to invoke the curative proviso in this appeal: (1) a manifestly constrained cross-examination has a prejudicial impact on an accused's ability to control his or her defence and on the fairness of their trial; and (2) an accused's fair trial rights include not just the *fact* of cross-examination, but also control over the *rhythm* of cross-examination.

[116] In *Lyttle*, the victim was found severely beaten. He told police that this was the result of a dispute over a gold chain. Police did not believe him, speculating that he was more likely beaten up as a result of a drug debt gone bad. But the victim denied this, and police came around to his account that it occurred over a gold chain. At trial, Mr. Lyttle's counsel was prohibited from putting suggestions to Crown witnesses that the beating occurred over the initial police theory, a drug debt gone bad, which would have been exculpatory evidence favouring Mr. Lyttle, unless counsel intended to *prove* the factual basis for the suggestion. She was unable to do so, *absent cross-examination of Crown witnesses*, and Mr. Lyttle was convicted in the beating of the victim.

[117] Before this Court, the legal issue was whether an accused person must have a good faith basis, or a stricter, evidentiary foundation, to cross-examine a Crown witness on a particular matter at issue. In other words, is an accused person limited to questioning witnesses on matters that can be confirmed through other means? This Court answered in the negative. It was found that a question can be put to a witness in cross-examination regarding matters that need not be proved independently, provided that the examiner has a good faith basis for putting the question to the witness. It was observed that it is not uncommon for an examiner to believe what is in

du procès d'un accusé — comporte des similitudes frappantes avec la présente affaire. Nous reprenons donc passablement en détail le raisonnement énoncé dans cet arrêt. Nous le faisons en mettant l'accent sur deux des principes fondamentaux qu'il énonce et qui concernent la question de savoir s'il faut invoquer la disposition réparatrice dans le présent pourvoi : (1) un contre-interrogatoire qui a été manifestement restreint a un effet préjudiciable sur la capacité de l'accusé de contrôler sa défense et sur l'équité de son procès; et (2) les droits de l'accusé lui garantissant un procès équitable comprennent non seulement le *fait* qu'il y ait un contre-interrogatoire, mais aussi le contrôle sur le *rythme* de celui-ci.

[116] Dans *Lyttle*, la victime a été retrouvée sauvagement battue. Elle a dit aux policiers qu'elle avait été battue à la suite d'un différend à propos d'une chaîne en or. Les policiers ne l'ont pas crue, conjecturant qu'elle avait plus vraisemblablement été battue à propos d'une dette de drogue qui avait mal tourné. La victime a toutefois nié cette thèse et les policiers ont fini par admettre son récit selon lequel l'agression avait eu lieu à propos d'une chaîne en or. Au procès, on a interdit à l'avocate de M. Lyttle de soumettre aux témoins à charge l'hypothèse selon laquelle l'agression s'était produite conformément à la thèse de départ des policiers — à savoir une dette de drogue qui avait mal tourné — qui aurait constitué une preuve disculpatoire favorable à M. Lyttle, à moins qu'elle eût l'intention de *prouver* les faits sur lesquels l'hypothèse s'appuyait. Elle a été incapable de le faire, *faute d'avoir contre-interrogé les témoins à charge*, et M. Lyttle a été déclaré coupable d'avoir battu la victime.

[117] Devant la Cour, la question de droit était celle de savoir si l'accusé devait être de bonne foi, ou s'il lui fallait des éléments de preuve plus rigoureux au soutien du contre-interrogatoire, pour contre-interroger un témoin à charge sur un point particulier en cause. Autrement dit, il s'agissait de savoir si l'accusé est limité à interroger les témoins uniquement sur des points qui peuvent être confirmés par d'autres moyens. La Cour a répondu par la négative. Elle a conclu qu'il est possible de contre-interroger un témoin sur des points qui n'ont pas besoin d'être prouvés indépendamment, pourvu que celui qui interroge soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions au

fact true, without being able to prove it *other than by cross-examination*. The risk is that if the examiner gets a denial or some answer that does not suit them, the answer stands against them in evidence (*Fox v. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017, at p. 1023, per Lord Radcliffe, cited in *Lyttle*, at para. 49).

[118] This Court went on to conclude that the trial judge had improperly interfered with Mr. Lyttle’s right to cross-examine the Crown witnesses, having placed unwarranted conditions on legitimate lines of questioning. On whether to invoke the curative proviso, the Court had little difficulty finding that a substantial wrong occurred and an unfair trial resulted, even though nothing on the record suggested that the beating occurred over a drug debt gone bad. Further, the evidence against Mr. Lyttle was compelling: the victim had identified Mr. Lyttle as his “unmasked” attacker in a photographic line-up. Nevertheless, the Court chose not to invoke the proviso, for reasons — and it is this point that the majority does not answer — that a manifestly constrained cross-examination strikes at the heart of the accused’s ability to control his or her defence and on the fairness of their trial, and that, where fair trial rights have been infringed, the appeal should run its natural course.

[119] We pull from *Lyttle* that:

Cross-examination may often be futile and sometimes prove fatal, but it remains nonetheless a faithful friend in the pursuit of justice and an indispensable ally in the search for truth. At times, there will be no other way to expose falsehood, to rectify error, to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed.

That is why the right of an accused to cross-examine witnesses for the prosecution — without significant and unwarranted constraint — is an essential component of the right to make full answer and defence. [Emphasis in original; paras. 1-2.]

témoin. La Cour a fait remarquer qu’il n’est pas inhabituel que celui qui interroge prête foi à un fait qui est effectivement vrai, sans qu’il soit capable d’en faire la preuve *autrement que par un contre-interrogatoire*. Il court toutefois le risque qu’une dénégation ou une réponse qui ne lui convient pas joue contre lui pour ce qu’elle vaut (*Fox c. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017, p. 1023, motifs du lord Radcliffe, cité dans *Lyttle*, par. 49).

[118] La Cour a ensuite conclu que le juge du procès avait limité irrégulièrement le droit de M. Lyttle de contre-interroger les témoins à charge, ayant subordonné des séries de questions légitimes à des conditions injustifiées. Sur la question de l’opportunité d’invoquer la disposition réparatrice, la Cour a conclu sans difficulté qu’un tort important avait été causé et qu’un procès inéquitable en avait résulté, même si rien dans le dossier n’indiquait que l’agression avait eu lieu à propos d’une dette de drogue qui avait mal tourné. De plus, la preuve contre M. Lyttle était convaincante : la victime avait identifié M. Lyttle comme son agresseur « non masqué » lors d’une séance d’identification photographique. Néanmoins, la Cour a choisi de ne pas invoquer la disposition, au motif — et c’est à cet élément que les juges majoritaires ne répondent pas — qu’un contre-interrogatoire manifestement restreint porte directement atteinte à la capacité de l’accusé de contrôler sa défense ainsi qu’à l’équité de son procès, et que lorsqu’il y a eu atteinte aux droits à un procès équitable, l’appel devrait suivre son cours normal.

[119] Nous retenons ce qui suit de l’arrêt *Lyttle* :

Bien que le contre-interrogatoire puisse souvent s’avérer futile et parfois se révéler fatal, il demeure néanmoins un ami fidèle dans la poursuite de la justice ainsi qu’un allié indispensable dans la recherche de la vérité. Dans certains cas, il n’existe en effet aucun autre moyen de mettre au jour des faussetés, de rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais.

Voilà pourquoi le droit de l’accusé de contre-interroger les témoins à charge — sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées — est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. [Souligné dans l’original; par. 1-2.]

Put simply, meaningful cross-examination cannot be undertaken if its scope is manifestly constrained.

[120] But *Lyttle* also draws attention to the *rhythm* of cross-examination as an essential aspect of an accused's fair trial rights, and not just the *fact* of cross-examination. Again, cross-examination is not so much a *series of questions* as a *process of questioning*. Recall that in *Lyttle*, the same argument was made by the Court of Appeal for Ontario as the majority makes here: while the trial judge wrongly interfered with the cross-examination of Crown witnesses, counsel effectively got to ask the questions anyway. But this line of reasoning was rejected at this Court where it was noted that, regardless of the fact that the evidence prohibited through cross-examination was effectively canvassed in direct examination of the witnesses, the ruling had an intimidating effect on defence counsel, disrupted the rhythm of her cross-examination, and placed conditions on a legitimate line of questioning (paras. 3 and 71). Further, unduly restricting Mr. Lyttle's cross-examination had downstream effects on the fairness of the trial, as Mr. Lyttle had to call Crown witnesses as his own, and therefore gave up his right to address the jury last.

[121] The Court's reasoning reflects the fact that cross-examination is an organic process that cannot be considered in isolated pieces. It consists of more than a single question or series of questions. Indeed, it typically consists of a process of questioning in which skilled counsel seek to elicit things that are not immediately apparent that, within strict bounds, tests the credibility of a witness. The *rhythm* of cross-examination involves putting careful questions to a witness that are designed to explore bit by bit the nature and extent of that witness's knowledge. Cross-examination is effective only where it is permitted to proceed step by step towards the ultimate point, where the cross-examiner can pose the final question (or questions), knowing by that time what the answer(s) will be, having regard to the earlier evidence elicited (see G. D. E. Adair, *On Trial: Advocacy Skills, Laws and Practice* (2nd ed. 2004), at p. 333).

Pour dire les choses simplement, il n'est pas possible de mener un contre-interrogatoire utile si sa portée est manifestement restreinte.

[120] Cela dit, l'arrêt *Lyttle* met aussi en lumière la question du *rythme* du contre-interrogatoire et affirme qu'il s'agit d'un aspect essentiel des droits de l'accusé à un procès équitable, qui ne se limitent pas à la *tenu*e d'un contre-interrogatoire. Encore une fois, un contre-interrogatoire n'est pas tant une *série de questions* qu'un *processus d'interrogatoire*. Il ne faut pas oublier que dans *Lyttle*, la Cour d'appel de l'Ontario avait appliqué le même argument que celui que font valoir nos collègues majoritaires en l'espèce : soit que même si le juge du procès a entravé à tort le contre-interrogatoire des témoins à charge, l'avocate a pu poser les questions. Or, la Cour a rejeté ce raisonnement lorsqu'elle a fait remarquer que, indépendamment du fait que des éléments de preuve interdits en contre-interrogatoire ont effectivement été examinés en interrogatoire principal, la décision a eu un effet inhibiteur sur l'avocate de la défense, a perturbé le rythme de son contre-interrogatoire et a subordonné une série de questions légitime à des conditions (par. 3 et 71). Qui plus est, le fait de restreindre indûment le contre-interrogatoire de M. Lyttle a eu des effets en aval sur l'équité du procès, puisqu'il a dû appeler des témoins à charge comme témoins à décharge, renonçant ainsi à son droit de s'adresser au jury en dernier.

[121] Le raisonnement de la Cour tient compte du fait que le contre-interrogatoire est un processus dynamique, qui ne saurait être examiné par bribes isolées. Il ne se limite donc pas à une seule question ou série de questions. De fait, il consiste généralement en un processus d'interrogatoire par lequel l'avocat compétent cherche à obtenir des choses qui ne sont pas immédiatement apparentes et qui, à l'intérieur de balises strictes, permet de vérifier la crédibilité d'un témoin. Le *rythme* d'un contre-interrogatoire consiste à poser à un témoin des questions judiciaires conçues pour explorer, peu à peu, la nature et l'étendue de la connaissance de ce témoin. Un contre-interrogatoire n'est efficace que s'il peut se dérouler étape par étape vers le point ultime où celui qui contre-interroge peut poser la question ultime (ou les questions ultimes), sachant à ce moment-là quelle sera sa réponse (ou quelles seront ses réponses),

This means that, when cross-examination is unduly constrained, the effects on the fairness of the trial will often reverberate beyond, and cannot be fully appreciated by parsing, the particular words in a transcript.

[122] In other words, effective cross-examination does not depend merely on *what* is asked, but also *how* it is asked. To repeat, in pursuing cross-examination, skilled counsel engage the witness in a process that culminates in a final inquiry, where the answers to all of the previous inquiries, taken together, reveal the examiner's theory or point. It is only *after* all of the evidence has been elicited following cross-examination that facts can be found and credibility assessments can be made. It flows logically that where the examiner knows from the outset that a particular line of inquiry cannot be explored, this will necessarily have an impact on the *rhythm* of the cross-examination, and the examiner is likely to adjust the main theory or point of their cross-examination as a result. That was likely the case here.

[123] It is for this reason that cross-examination cannot be unduly restricted. It is not sufficient for the examiner to get 90 percent of the way through a line of questioning. That 90 percent may have no purpose or relevance at all if the examiner cannot get to the final 10 percent. Relatedly, only being able to ask a single question, or a final 10 percent, without being able to first lay out the foundation, cannot be said to fulfill an accused's constitutionally protected right of cross-examination either. Safeguarding sufficient control over the *rhythm* of cross-examination ensures we do not imprison a person in his or her privileges and call it the *Charter* (we borrow from the language of Frankfurter J., in *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942), at p. 280).

compte tenu des éléments de preuve obtenus antérieurement (voir G. D. E. Adair, *On Trial : Advocacy Skills, Laws and Practice* (2^e éd. 2004), p. 333). Cela signifie que, lorsque le contre-interrogatoire est indûment restreint, les effets sur l'équité du procès se répercutent souvent au-delà des mots précis qui figurent dans la transcription et ne peuvent être pleinement pris en compte lors de l'analyse de ces mots.

[122] Autrement dit, l'efficacité d'un contre-interrogatoire ne dépend pas uniquement du *contenu* des questions posées au témoin, mais aussi de la *manière* dont elles lui sont posées. Nous le répétons, en menant un contre-interrogatoire, l'avocat compétent engage le témoin dans un processus qui aboutit à une ultime question, où les réponses à toutes les questions déjà posées, prises ensemble, révèlent la thèse ou l'élément que veut établir celui qui interroge. Ce n'est qu'*après* que tous les éléments de preuve ont été obtenus par suite du contre-interrogatoire que les faits peuvent être constatés et les évaluations de la crédibilité peuvent être menées à bien. Il s'ensuit logiquement que lorsque celui qui interroge sait d'emblée qu'il ne peut pas poser certaines questions, cela a nécessairement une incidence sur le *rythme* du contre-interrogatoire. Il est en outre probable que celui qui interroge ajuste en conséquence la thèse ou l'élément principal qu'il entend établir par son contre-interrogatoire. C'est vraisemblablement ce qui s'est produit en l'espèce.

[123] C'est pour cette raison que le contre-interrogatoire ne peut pas être indûment restreint. Il ne suffit pas que celui qui interroge obtienne 90 p. 100 de ce qu'il cherche en posant une série de questions. Il est possible que ces 90 p. 100 n'aient aucune raison d'être ou pertinence si celui qui interroge ne parvient pas à obtenir les derniers 10 p. 100. Dans le même ordre d'idées, on ne saurait prétendre que l'accusé qui n'a pu poser qu'une seule question, c'est-à-dire les derniers 10 p. 100, sans avoir pu d'abord établir le fondement factuel pertinent, s'est vu respecter son droit protégé par la Constitution de contre-interroger le témoin. En garantissant que celui qui interroge conserve un contrôle suffisant du *rythme* du contre-interrogatoire, on évite d'enchaîner une personne à ses privilèges et de qualifier cela de *Charte* (nous empruntons les propos tenus par le juge Frankfurter dans *Adams c. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942), p. 280).

[124] But we wish to make clear that a cross-examination that is not unduly restricted does not mean a cross-examination that is boundless, and nothing in *Lyttle* or in our s. 276 jurisprudence suggests otherwise. *Lyttle* makes clear that the examiner must have a good faith basis for putting questions to a Crown witness and, as the majority notes, Parliament has specifically legislated limits on questioning related to a complainant's sexual history into the *Criminal Code*. While, therefore, trial judges always ensure that counsel "[are] not merely taking a random shot at a reputation imprudently exposed or asking a groundless question to waft an unwarranted innuendo into the jury box" (*Lyttle*, at para. 51, citing from *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469 (1948), at p. 481), cross-examination is even more narrowly constrained by the evidentiary corral built by the admissibility criteria in s. 276(2); inferences that, by operation of s. 276(1), will never be relevant; and by the common law principles enunciated in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. When an examiner exceeds those bounds created by s. 276 or the common law, the examiner is no longer asking questions in good faith, and therefore any evidence elicited as a result of those inquiries is inadmissible and should be immediately disregarded.

[125] But in the case at bar, we repeat: the proposed inquiries *would not* have contravened s. 276 or the common law principles from *Seaboyer* and there was a good faith basis for putting the questions to the complainant. While, therefore, we agree that, "the circumstances of this case warranted tightly controlled questioning of the complainant" (majority reasons, at para. 88), our point of disagreement is this: the questioning that did occur at R.V.'s trial was *not* a fair substitute for what the erroneous ruling restricted. The majority's whittling down of any error to a deprivation of two interrogatories represents in our respectful view an unfortunate obfuscation of this Court's previously clear emphasis on the importance of an accused person exercising sufficient control and rhythm over the entire cross-examination

[124] Nous souhaitons toutefois énoncer clairement qu'un contre-interrogatoire qui n'est pas indûment restreint ne consiste pas en un contre-interrogatoire illimité, et que rien dans l'arrêt *Lyttle* ou dans la jurisprudence de la Cour sur l'art. 276 ne suggère le contraire. L'arrêt *Lyttle* affirme sans contredit que l'avocat qui contre-interroge un témoin à charge doit agir de bonne foi lorsqu'il pose ses questions. D'ailleurs, comme le font remarquer nos collègues majoritaires, le législateur a expressément prévu dans le *Code criminel* des limites aux questions qui peuvent être posées sur le comportement sexuel antérieur d'une plaignante. Même si le juge du procès doit donc toujours s'assurer que [TRADUCTION] « l'avocat ne se contente pas simplement d'attaquer à l'aveuglette une réputation imprudemment compromise ou de poser une question non fondée afin de lancer une insinuation injustifiée à l'intention des jurés » (*Lyttle*, par. 51, citant *Michelson c. United States*, 335 U.S. 469 (1948), p. 481), le contre-interrogatoire est encore plus restreint par la barrière en matière de preuve érigée par les critères d'admissibilité prévus au par. 276(2); par les inférences qui, du fait du par. 276(1), ne seront jamais pertinentes; et par les principes de common law énoncés dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Lorsque celui qui interroge dépasse ces limites fixées par l'art. 276 ou par la common law, il n'est plus de bonne foi et tout élément de preuve obtenu par suite de ses questions est donc inadmissible et doit être immédiatement rejeté.

[125] Cela dit, rappelons que, en l'espèce, les questions proposées *n'auraient pas* contrevenu à l'art. 276 ou aux principes de common law énoncés dans l'arrêt *Seaboyer* et que les questions posées à la plaignante l'ont été de bonne foi. Nous convenons certes que « [l]es circonstances de l'espèce justifiaient [. . .] un interrogatoire de la plaignante rigoureusement contrôlé » (motifs des juges majoritaires, par. 88). Notre point de discordance est donc le suivant : l'interrogatoire qui a eu lieu lors du procès de R.V. *n'était pas* un substitut adéquat pour ce qu'a interdit la décision erronée. Le fait que, selon nos collègues, toute erreur se réduise à une restriction empêchant R.V. de poser deux questions représente à notre avis un regrettable faux-fuyant de l'accent que la Cour avait clairement mis sur l'importance

strategy, from the lines of inquiry chosen to the order in which questions are asked. All of this was cast aside in R.V.'s trial when he was prevented from putting to the complainant a series of questions that we all agree should have been permitted.

III. The Restriction on Cross-Examination Was Not a Minor or Harmless Error

[126] The foregoing explains why we cannot accept that there was *meaningful* cross-examination so as to support the majority's conclusion that there is no reasonable possibility that the verdict could have been different had the errors in this case not been made. It follows that the error in the s. 276 ruling cannot be said to be "minor" or "harmless" when, as submitted by the Criminal Lawyers' Association of Ontario, at its core it allowed the Crown to claim for itself the right to adduce evidence of a pregnancy as incriminatory of the accused, while insisting that the accused should be barred by the language of s. 276(2) from challenging the very evidence relied on by the Crown (I.F., Criminal Lawyers' Association of Ontario, at p. 7).

[127] It does not follow that R.V. coming close to what he would have been allowed to ask following a proper s. 276 ruling means that the error did not meaningfully impact his *actual* trial. Such an application can only water down the proviso, because it strains common sense for an appellate court to conclude that it knows with certainty what evidence would have been adduced, or what effects such evidence would have had on the trial judge's assessment of the witnesses, had no such errors been made at trial. None of us can confidently say whether, had R.V. been able to effectively challenge the cause of the pregnancy, he would have elicited something that was sufficient to raise a doubt. This illustrates the importance of cross-examination: it is sometimes *the*

qu'un accusé exerce un contrôle suffisant sur le rythme de l'ensemble du contre-interrogatoire et sur les pistes d'interrogatoire choisies, jusqu'à l'ordre dans lequel les questions sont posées. Tout cela a été mis de côté lors du procès de R.V. lorsqu'il n'a pu poser à la plaignante une série de questions qui, nous en convenons unanimement, auraient dû être permises.

III. La restriction du contre-interrogatoire n'était pas une erreur négligeable ou inoffensive

[126] Dans les paragraphes qui précèdent, nous avons expliqué les raisons pour lesquelles nous ne pouvons accepter qu'il y aurait eu un contre-interrogatoire *utile*, ce qui étayerait la conclusion de nos collègues voulant qu'il n'y ait aucune possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent si les erreurs commises en l'espèce ne l'avaient pas été. Il s'ensuit que l'erreur commise dans la décision fondée sur l'art. 276 ne peut être décrite comme étant « négligeable » ou « inoffensive » dans la mesure où, comme l'a plaidé la Criminal Lawyers' Association of Ontario, essentiellement, cette décision permettait au ministère public de revendiquer pour lui-même le droit de présenter la preuve de la grossesse comme incriminant l'accusé, tout en insistant pour que l'accusé soit empêché, aux termes du par. 276(2), de contester cette même preuve sur laquelle se fondait le ministère public (m.i., Criminal Lawyers' Association of Ontario, p. 7).

[127] Ce n'est pas parce que R.V. est presque parvenu à poser les questions qu'il aurait été autorisé à poser si la décision fondée sur l'art. 276 avait été juste que l'erreur n'a pas eu une incidence significative sur le procès qu'il a *effectivement* subi. Une telle application a forcément pour effet d'affaiblir la disposition réparatrice, parce que ce serait faire preuve de naïveté pour une cour d'appel de conclure qu'elle sait avec certitude quelle preuve aurait été obtenue, ou quels effets cette preuve aurait eus sur l'évaluation des témoins par le juge du procès, si de telles erreurs n'avaient pas été commises au procès. Nul ne peut affirmer en toute confiance savoir si, dans l'hypothèse où R.V. avait pu contester efficacement la cause de la grossesse, il aurait obtenu

only way to elicit evidence that is often not apparent at the outset.

[128] The erroneous s. 276 ruling had ricochet effects. As Paciocco J.A. noted (C.A. reasons, at para. 122), the trial judge's error in believing he could not re-visit the s. 276 ruling rendered future meritorious applications to reconsider futile, which likely would have had an intimidating effect on defence counsel's ability to respond effectively (see *Lyttle*, at para. 7) as evidence was elicited during the trial that required a reconsideration of the ruling. We accept Paciocco J.A.'s assessment (at para. 110) that counsel was functionally powerless to do anything about it. We note that, invariably, R.V. would have pursued a different trial strategy had he been permitted to directly challenge the evidence led by the Crown. For instance, R.V.'s decision to testify in this case would likely have been impacted by the ruling. Had R.V. been able to pursue the inquiries prohibited by the ruling, he may not have testified at all. There are simply too many variables that flowed from the erroneous s. 276 ruling for an appellate court to comfortably invoke the proviso.

[129] Overall, the majority's parsing of the transcript, and its reduction of any errors to a mere limit on R.V.'s ability to ask two particular interrogatories, provide little comfort. The majority effectively treats R.V.'s trial as if it was error-free, which it certainly was not. The application judge misapplied *all three* statutory criteria under s. 276(2).⁵ And to repeat, her ruling deprived R.V. of his right to proceed step by step through the *process* of cross-

⁵ We note that on December 13, 2018, s. 276(2) was amended to include a *fourth* admissibility criteria: evidence of a complainant's sexual history cannot be adduced by the accused for the purposes of drawing on inferences prohibited by s. 276(1). Moving forward, judges considering an application by the accused to adduce sexual history evidence must consider whether the accused has met all four criteria for admissibility under s. 276(2).

quelque chose qui aurait suffi pour soulever un doute. Cela illustre l'importance du contre-interrogatoire : il s'agit parfois de *la seule façon* d'obtenir des éléments de preuve qui, dans bien des cas, ne sont pas du tout apparents au départ.

[128] La décision erronée fondée sur l'art. 276 a eu un effet domino. Comme l'a fait remarquer le juge Paciocco (motifs de la C.A., par. 122), l'erreur du juge du procès de croire qu'il ne pouvait pas revenir sur la décision fondée sur l'art. 276 a rendu futiles de futures demandes fondées de réexamen. Cela a probablement eu un effet intimidant sur la capacité de l'avocat de la défense de répondre efficacement (voir *Lyttle*, par. 7), puisque des éléments de preuve présentés au procès exigeaient que la décision fasse l'objet d'un nouvel examen. Nous souscrivons à l'évaluation du juge Paciocco (par. 110) selon laquelle l'avocat était fonctionnellement impuissant à agir à cet égard. Nous constatons que R.V. aurait inmanquablement poursuivi une autre stratégie au procès si on lui avait permis de contester directement la preuve présentée par le ministère public. Par exemple, la décision de la juge a vraisemblablement eu une incidence sur la décision de R.V. de témoigner au procès. S'il avait pu poser les questions interdites par la décision de la juge, il est possible qu'il n'eût pas témoigné du tout. Il y a tout simplement trop de variables qui ont découlé de la décision erronée fondée sur l'art. 276 pour qu'une cour d'appel puisse aisément invoquer la disposition réparatrice.

[129] Dans l'ensemble, l'analyse de la transcription par les juges majoritaires, et le fait qu'ils aient réduit toute erreur à une simple limite à la capacité de R.V. de poser deux questions précises, ne procurent que bien peu de réconfort. Dans les faits, ils traitent le procès de R.V. comme s'il n'avait comporté aucune erreur, ce qui n'a certainement pas été le cas. La juge saisie de la demande a mal appliqué *les trois* critères prévus au par. 276(2)⁶. Nous le répétons, sa décision

⁶ Nous précisons que, le 13 décembre 2018, le par. 276(2) a été modifié pour qu'y soit inclus un *quatrième* critère d'admissibilité : la preuve du comportement sexuel antérieur d'un plaignant ne peut être présentée par l'accusé pour que soient tirées les inférences interdites par le par. 276(1). Depuis, le juge saisi d'une demande de l'accusé en vue de la présentation d'une preuve d'un comportement sexuel antérieur doit se demander si l'accusé a satisfait aux quatre critères d'admissibilité énumérés au par. 276(2).

examination leading to the final question (or questions).

[130] The majority sees no harm in any of this, since other lines of questioning could have been pursued (para. 92). But, and with respect, the fruitfulness of such other lines of questioning was contingent on the possibility that those lines of questioning might culminate in questions that could undermine the probative value of the pregnancy. And the application judge’s erroneous s. 276 ruling *foreclosed this possibility*, meaning that R.V.’s cross-examination strategy would still have had to be adjusted accordingly. The point is that, but for the application judge’s errors, R.V.’s entire cross-examination may well have been different.

IV. The Relevance of the Evidentiary Record to the Application of the Proviso

[131] This brings us to the majority’s treatment of the evidentiary record, where the majority says, notwithstanding the restriction on cross-examination, we *do* know what evidence R.V. would have elicited, based on evidence elicited when trial counsel “skirt[ed] the [s. 276] ruling” (C.A. reasons, at para. 91), and suggested to the complainant that she was not a virgin at the time of the alleged assault. We note parenthetically, as Paciocco J.A. observed, that trial counsel was restricted from probing her answers or engaging in any other interrogatories based on her responses. Nonetheless, the majority would apply the proviso because, in its view, this shows that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different but for the application judge’s errors.

[132] We have several objections to this approach.

[133] First, we question the majority’s choice to invoke the proviso on the basis of evidence that was inadmissible in R.V.’s trial (given the erroneous s. 276 ruling) and ought to have been immediately disregarded by the trial judge. It is trite to observe

a privé R.V. de son droit de procéder étape par étape tout au long du *processus* de contre-interrogatoire menant à la question ou aux questions ultimes.

[130] Nos collègues majoritaires ne voient rien de mal à tout cela, car d’autres pistes d’investigation auraient pu être suivies (par. 92). Soit dit en tout respect, la fécondité de ces autres pistes d’investigation dépendait de la possibilité qu’elles puissent aboutir à des questions susceptibles de miner la valeur probante de la grossesse. Or, la décision erronée de la juge saisie de la demande fondée sur l’art. 276 *éliminait cette possibilité*, ce qui signifie que R.V. aurait là aussi ajusté sa stratégie de contre-interrogatoire en conséquence. En fait, sans les erreurs de la juge saisie de la demande, il est fort possible que R.V. eût mené un contre-interrogatoire complètement différent.

IV. La pertinence du dossier de preuve pour l’application de la disposition réparatrice

[131] Cela nous mène à l’analyse du dossier de preuve que font nos collègues majoritaires : selon eux, malgré la restriction du contre-interrogatoire, nous savons *bel et bien* ce que R.V. aurait pu obtenir comme preuve en fonction de celle obtenue lorsque l’avocat de première instance [TRADUCTION] « a contourné la décision [fondée sur l’art. 276] » (motifs de la C.A., par. 91) et a laissé entendre à la plaignante qu’elle n’était pas vierge au moment de l’agression alléguée. Nous notons au passage que, comme l’a fait remarquer le juge Paciocco, l’avocat au procès n’avait pas le droit de sonder ses réponses ou de poser d’autres questions en fonction des réponses de la plaignante. Nos collègues appliqueraient néanmoins la disposition réparatrice parce que, selon eux, cela démontre qu’il n’y a aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent sans les erreurs de la juge saisie de la demande.

[132] Nous opposons plusieurs objections à cette approche.

[133] Premièrement, nous sommes sceptiques devant le choix des juges majoritaires d’invoquer la disposition réparatrice sur le fondement d’une preuve qui était inadmissible au procès de R.V. (compte tenu de la décision erronée fondée sur l’art. 276) et qui aurait

that where the law clearly prohibits a line of cross-examination, lawyers should understand that they are not to cross-examine a witness in that area of evidence (see E. Craig, “The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases” (2014), 51 *Osgoode Hall L.J.* 427, at p. 456, fn. 147). The majority’s treatment of this evidence is particularly troubling in the context of a sexual assault trial which, as it rightly notes, presents “unique challenges” to the administration of justice and requires that questioning of complainants be “tightly controlled” (paras. 1 and 88). Indeed, the Court’s posture towards counsel “skirting” rulings that they disagree with in a similar fashion should be one of *discouragement*, not *encouragement*.⁶ Our concern is with the practical effect of relying on evidence adduced in contravention of the s. 276 ruling, with no admonition of counsel for “skirting” in the first place. Using evidence obtained in contravention of a s. 276 ruling to support the invocation of the proviso may well have the unintended consequence of encouraging bad behaviour. It may signal to counsel that there are incentives to playing fast and loose with rulings they disagree with, since the evidence elicited thereby may be used by appellate courts in their favour. The result is, in this case, particularly troubling, as Paciocco J.A. noted (C.A. reasons, at para. 91), since R.V.’s counsel had no means to probe the complainant’s answers and never *actually* asked the series of questions all of us agree should have been permitted.

⁶ A. Woolley, *Understanding Lawyers’ Ethics in Canada* (2nd ed. 2016), at p. 403: “A lawyer should cross-examine witnesses within the rules established by the law of evidence” (emphasis added); Craig, at p. 430: “Defence counsel are ethically obliged to restrict their carriage of a sexual assault case (including the evidence they seek to admit, the lines of examination and cross-examination they pursue, and the closing arguments they submit) to conduct that supports findings of facts within the bounds of law” (emphasis added).

dû être rejetée sur-le-champ par le juge du procès. Il va sans dire que lorsque la loi interdit clairement une avenue de contre-interrogatoire, les avocats devraient comprendre qu’ils ne peuvent pas contre-interroger un témoin dans ce domaine de preuve (voir E. Craig, « The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases » (2014), 51 *Osgoode Hall L.J.* 427, p. 456, note en bas de page 147). Le traitement de cette preuve par nos collègues est particulièrement troublant dans le contexte d’un procès pour agression sexuelle qui, comme ils le font remarquer à juste titre, pose des « défis particuliers » pour l’administration de la justice et exige que les interrogatoires des plaignantes soient « rigoureusement contrôlé[s] » (par. 1 et 88). En effet, la position de la Cour à l’égard des avocats qui « contournent » des décisions avec lesquelles ils ne sont pas d’accord — comme l’a fait l’avocat en l’espèce — devrait en être une de *découragement* et non d’*encouragement*.⁷ Notre préoccupation porte sur l’effet pratique découlant du fait de se fonder sur une preuve présentée en violation de la décision fondée sur l’art. 276, sans même que l’avocat qui a « contourné » la décision ne reçoive d’avertissement. Le recours à une preuve obtenue en violation d’une décision fondée sur l’art. 276 afin d’étayer l’application de la disposition réparatrice pourrait bien avoir la conséquence non souhaitée d’encourager les comportements fautifs. Cela pourrait donner l’impression aux avocats qu’il peut être avantageux de prendre des libertés à l’égard des décisions avec lesquelles ils ne sont pas d’accord, puisque la preuve obtenue de cette façon peut être utilisée par les cours d’appel en leur faveur. En l’espèce, cela mène à un résultat particulièrement troublant, comme l’a souligné le juge Paciocco (motifs de la C.A., par. 91), puisque l’avocat de R.V. n’a eu aucun moyen d’évaluer les réponses de la plaignante et n’a jamais *dans les faits* posé les questions qui, selon notre avis unanime, auraient dû être permises.

⁷ A. Woolley, *Understanding Lawyers’ Ethics in Canada* (2^e éd. 2016), p. 403 : [TRADUCTION] « Un avocat devrait contre-interroger les témoins dans le respect des règles du droit de la preuve » (nous soulignons); Craig, p. 430 : [TRADUCTION] « Les avocats de la défense ont l’obligation éthique de restreindre leurs questions dans le contexte d’une affaire d’agression sexuelle (y compris la preuve qu’ils veulent admettre, les questions à examiner et le contre-interrogatoire qu’ils mènent, ainsi que les conclusions finales qu’ils présentent) à la conduite qui étaye les conclusions de fait dans les limites permises par le droit » (nous soulignons).

[134] Secondly, we note that the majority’s reliance on the record appears to resurrect an approach to the curative proviso that this Court rejected in *Sarrazin*. There, the Court considered whether to adopt an “holistic approach” to the proviso, according to which it could be applied where “an appellate court is satisfied that the evidence of guilt is very strong, although not quite overwhelming, and the legal error or errors, though not insignificant, are highly unlikely to have affected the result” (*R. v. Sarrazin*, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, at fn. 13 (emphasis in original), cited by this Court in *Sarrazin*, at para. 16). But such an approach was rejected as a watering down of the proviso. The strength of the Crown’s case cannot counterbalance the effect of an error that is neither minor nor harmless. Put another way, unless the evidence against the accused is overwhelming, its strength is effectively irrelevant to the application of the proviso. Appellate courts may therefore not straddle the branches of the proviso, which the majority’s conclusion appears to do. Rather, the harmless error branch focuses on whether the appellate court can confidently conclude that the legal error did not impact the verdict. In our view, this certainty is unavailable.

[135] Thirdly, the misapplication of s. 276 was compounded by the trial judge’s reliance on the pregnancy as corroborative in finding that R.V. was guilty. This was in error because the trial judge essentially convicted R.V. on evidence that he was unable to challenge. This is distinct from the trial judge’s credibility findings, with which we take no issue: the complainant was credible, and R.V. was not. But the probative value of the pregnancy cannot be disentangled from the credibility assessments. For example, had R.V. been able to pursue the cross-examination that we all agree he was entitled to pursue, he may have chosen not to testify at all. In that case, the trial judge would not have been able to make any negative findings about R.V.’s credibility, irrespective of whether R.V.’s cross-examination elicited evidence

[134] Deuxièmement, notons que, en se fondant sur le dossier comme ils le font, nos collègues semblent revenir à une approche de la disposition réparatrice que la Cour a rejetée dans *Sarrazin*. Dans cette affaire, la Cour s’est demandé s’il y avait lieu d’adopter une [TRADUCTION] « approche [...] globale » à l’égard de la disposition en question, une approche selon laquelle elle pourrait être appliquée lorsqu’« une cour d’appel est convaincue que la preuve de la culpabilité est très forte, bien qu’elle ne soit pas accablante, et qu’il est fort peu probable qu’une ou des erreurs de droit, bien qu’elles ne soient pas inoffensives, aient influé sur le résultat » (*R. c. Sarrazin*, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, note en bas de page 13 (en italique dans l’original), cité par la Cour dans *Sarrazin*, par. 16). Or, une telle approche a été rejetée parce qu’on lui reprochait de diluer la disposition réparatrice. La solidité de la preuve du ministère public ne peut contrebalancer l’effet d’une erreur qui n’est ni négligeable ni inoffensive. Autrement dit, à moins que la preuve contre l’accusé soit accablante, sa solidité n’est pas pertinente dans les faits pour l’application de la disposition réparatrice. Par conséquent, les cours d’appel ne doivent pas mêler les éléments de la disposition réparatrice, comme semble le faire la conclusion de nos collègues majoritaires. L’élément relatif à l’erreur inoffensive porte principalement sur la question de savoir si une cour d’appel peut conclure sans craindre de se tromper que l’erreur judiciaire n’a pas eu d’incidence sur le verdict. À notre avis, il n’est pas possible d’avoir cette certitude.

[135] Troisièmement, l’application erronée de l’art. 276 a été aggravée par le fait que le juge du procès s’est fondé sur la grossesse comme corroborant la conclusion selon laquelle R.V. était coupable. Il s’agissait là d’une erreur parce que le juge du procès a essentiellement déclaré R.V. coupable sur une preuve que celui-ci a été incapable de contester. Cette erreur est distincte des conclusions du juge du procès quant à la crédibilité, conclusions que nous ne remettons pas en question : la plaignante était crédible et R.V. ne l’était pas. Toutefois, la valeur probante de la grossesse ne peut être dissociée des évaluations de la crédibilité. Par exemple, si R.V. avait pu mener le contre-interrogatoire qu’il avait le droit de mener, comme nous en convenons tous, il aurait peut-être choisi de ne pas témoigner du tout. Dans cette

helpful to his defence. Again, there are simply too many variables that flowed from the erroneous s. 276 ruling for an appellate court to comfortably invoke the proviso on this evidentiary record.

[136] Finally, and moving forward, the majority's approach to the application of the proviso appears to turn the proviso on its head. Its reasons suggest that, in the face of a legal error, a new trial should only be ordered if the appellate court can be certain that the trial would have gone differently. However, where there has been a legal error, the *default* is to order a new trial; the proviso allows a departure from this default rule only in very narrow circumstances. Indeed, a reviewing court *must* order a new trial unless it is satisfied that the result *could not have been different* absent the legal error.

V. Conclusion

[137] Given the interests the proviso protects, we cannot invoke it here. The errors were neither minor nor harmless. They were significant. The cumulative effect deprived R.V. not so much of the right to ask particular questions, or hear particular responses, as the majority finds, but to engage in a *process* of questioning, protected by both the *Charter* and the common law.

[138] The right to present one's case cannot, constitutionally, be curtailed in the absence of an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations (see *Seaboyer*, at pp. 620-21). This takes on even greater importance when the evidence of the complainant and accused person are diametrically opposed in every material respect, leaving credibility as the central issue at trial (see *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, at para. 12).

hypothèse, le juge du procès n'aurait pas été capable de tirer de conclusions négatives sur la crédibilité de R.V., et ce, que son contre-interrogatoire de la plaignante ait ou non permis d'obtenir des éléments de preuve utiles à sa défense. Encore une fois, il y a tout simplement trop de variables qui ont découlé de la décision erronée fondée sur l'art. 276 pour qu'une cour d'appel puisse aisément invoquer la disposition réparatrice sur le fondement du dossier de preuve en l'espèce.

[136] Enfin, l'approche de nos collègues à l'égard de l'application de la disposition réparatrice semble dénaturer celle-ci. Leurs motifs laissent entendre que, en présence d'une erreur judiciaire, un nouveau procès devrait être ordonné seulement si la cour d'appel est certaine que l'issue du procès aurait été différente. Or, lorsqu'il y a eu erreur judiciaire, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée *par défaut*; la disposition réparatrice permet une dérogation à cette règle seulement dans des circonstances très précises. De fait, la cour de révision *doit* ordonner la tenue d'un nouveau procès sauf si elle est convaincue que le résultat *n'aurait pas pu être différent* sans l'erreur judiciaire.

V. Conclusion

[137] Vu les intérêts que protège la disposition réparatrice, nous ne pouvons pas l'invoquer en l'espèce. Les erreurs n'étaient ni négligeables ni inoffensives. Elles étaient graves. L'effet cumulatif de ces erreurs a privé R.V. non pas tant du droit de poser des questions en particulier ou d'entendre des réponses en particulier, comme le concluent les juges majoritaires, mais de celui de mener un *processus* d'interrogatoire, protégé à la fois par la *Charte* et par la common law.

[138] Le droit de toute personne d'exposer sa cause ne peut, sur le plan constitutionnel, être restreint sans une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraires encore plus importantes (voir *Seaboyer*, p. 620-621). Cela est d'autant plus important lorsque la version de la plaignante et celle de l'accusé sont diamétralement opposées sur tous les points importants et que la crédibilité est donc l'élément central du procès (voir

The truth is that none of us know what evidence R.V. may have elicited had a proper s. 276 ruling been made in advance of trial.

[139] This is, after all, what divides us. Cross-examination, being the primary vehicle through which R.V. could make full answer and defence, was restricted in a manner not consistent with the purpose behind s. 276. As a result, R.V. was denied a fair trial. We would dismiss the appeal and affirm the Court of Appeal's order that a new trial be directed.

Appeal allowed, BROWN and ROWE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent: Dawe & Dineen, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Solicitors for the intervener the Ending Violence Association of Canada: Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Henein Hutchison, Toronto.

R. c. Crosby, [1995] 2 R.C.S. 912, par. 12). La vérité est qu'aucun d'entre nous ne sait quelle preuve R.V. aurait obtenue si une décision appropriée fondée sur l'art. 276 avait été prise avant le procès.

[139] En somme, c'est ce qui nous divise. Le contre-interrogatoire — qui était le principal moyen par lequel R.V. pouvait présenter une défense pleine et entière — a été restreint d'une manière qui n'est pas conforme à l'objet qui sous-tend l'art. 276. Par conséquent, R.V. s'est vu privé d'un procès équitable. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Pourvoi accueilli, les juges BROWN et ROWE sont dissidents.

Procureur de l'appelante : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimé : Dawe & Dineen, Toronto; Addario Law Group, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne contre la violence : Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Henein Hutchison, Toronto.

ISSN 0045-4230

If undelivered, return to:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario
Canada K1A 0J1

En cas de non-livraison, retourner à :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)
Canada K1A 0J1

Available from:
Library
Supreme Court of Canada
Ottawa, Ontario – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca

En vente auprès de :
Bibliothèque
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario) – Canada K1A 0J1
scr-rs@scs-csc.ca