Cour d'appel de la cour martiale du Canada

Court Martial Appeal Court of Canada

Date : 20140224

Dossier : CMAC-557

Référence : 2014 CMAC 2

CORAM : LA JUGE GAUTHIER
LE JUGE O'REILLY
LE JUGE MOSLEY

ENTRE :

SOUS-LIEUTENANT JASMIN THIBEAULT

appelant

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

Audience tenue à Ottawa (Ontario), le 15 novembre 2013.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 24 février 2014.

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE O'REILLY

Y ONT SOUSCRIT : LA JUGE GAUTHIER
LE JUGE MOSLEY

Cour d'appel de la cour martiale du Canada

Court Martial Appeal Court of Canada

Date : 20140224

Dossier : CMAC-557

Référence : 2014 CMAC 2

CORAM : LA JUGE GAUTHIER
LE JUGE O'REILLY
LE JUGE MOSLEY

ENTRE :

SOUS-LIEUTENANT JASMIN THIBEAULT

appellant

et

SA MAJESTÉ LA REINE

intimée

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE O'REILLY

I. Aperçu

[1] Une cour martiale permanente a déclaré le sous-lieutenant Jasmin Thibeault coupable d'agression sexuelle. Il fait appel de sa déclaration de culpabilité au motif qu'il n'a pas eu droit à l'assistance effective d'un avocat lors de son procès. Dans le cadre du présent appel, il demande à la Cour de prendre en considération de nouveaux éléments de preuve à l'appui de sa position. Il

soutient qu'il croyait que la plaignante consentait à leur activité sexuelle, mais, sur les conseils de son avocat, il n'a pas témoigné pour offrir une preuve à l'appui de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Il demande à la Cour de déclarer qu'il en est résulté une erreur judiciaire, d'annuler sa condamnation et d'ordonner un nouveau procès.

[2] Selon moi, l'appelant a satisfait au critère strict applicable à la présentation de nouveaux éléments de preuve en appel et, à la lumière de ces nouveaux éléments de preuve, j'annulerais la condamnation de l'appelant et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

[3] Lors de l'audience du présent appel, la Cour a mis en délibéré sa décision sur la requête de l'appelant afin de pouvoir prendre connaissance de la preuve nouvelle en fonction des autres éléments de preuve dans l'affaire. Il s'agit de la pratique des cours qui est reconnue dans ces circonstances (*R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, au paragraphe 14).

[4] Le juge militaire a rendu une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la plaignante en vertu du paragraphe 486.4 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et de l'article 179 de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. 1985, ch. N-5 (voir l'annexe pour l'ensemble des dispositions citées). Cette ordonnance sera reconduite.

II. Le procès

[5] Dans son témoignage, la plaignante a déclaré que les faits suivants étaient survenus dans la soirée du 4 février 2012 :

- L'appelant est arrivé à sa chambre vers 20 heures avec des friandises et un film;
- Elle et l'appelant étaient étendus sur son lit pour regarder le film tout en conservant un espace d'environ un pied entre eux;
- L'appelant commença à frotter l'entre-jambes de la plaignante par-dessus son pantalon en molleton. Elle ne réagit pas au début (en fait elle trouvait cela excitant), mais elle se tourna sur le ventre par la suite afin qu'il ne puisse plus la toucher;
- Elle dit à l'appelant que ce n'était pas une bonne idée qu'ils fassent cela dans les circonstances et qu'elle en était mal à l'aise;
- L'appelant se mit ensuite à califourchon sur elle et tenta de lui donner un baiser;
- Elle affirma continuellement qu'ils ne devraient pas faire ce qu'ils étaient en train de faire;
- L'appelant descendit le pantalon de molleton de la plaignante et son sous-vêtement et inséra un doigt dans son anus;
- L'appelant retira par la suite son doigt et inséra son pénis;
- Elle dit « non » plusieurs fois. Au début à voix basse, de sorte qu'il pourrait ne pas l'avoir entendu, mais, lorsqu'il la pénétra, elle dit « non » à voix suffisamment haute pour qu'il puisse l'entendre;
- À cet instant, elle cria à l'appelant de descendre de sur elle;
- Elle courut ensuite à la salle de bains;

- Lorsqu'elle en ressortit, elle lança un boîtier de DVD et son chandail à l'appelant et lui dit de s'en aller;

[6] L'avocat de l'appelant a mis en doute le témoignage de la plaignante lors du contre-interrogatoire. Il laissa tout particulièrement entendre, ce qu'elle a nié, qu'elle s'était mise à quatre pattes et gémissait de plaisir lorsque l'appelant touchait son anus, qu'elle avait dit « non » une seule fois, après quoi l'appelant arrêta de faire ce qu'il faisait et qu'elle avait dit à l'appelant qu'elle ne voulait pas tromper son petit ami.

[7] Toutefois, la plaignante admit qu'elle avait eu une relation sexuelle consensuelle avec l'appelant dans le passé. La plaignante a fait cette admission volontairement, et non à la suite d'une demande faite en vertu du paragraphe 276(1) du *Code criminel* pour présenter une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante fondée sur sa pertinence et sa valeur probante.

[8] La plaignante reconnaît également que, plus tôt au cours de cette même journée, elle avait cogné à la fenêtre de l'appelant et lui avait envoyé des textos pour l'inviter à sa chambre où, disait-elle, le lit était plus confortable. De plus, elle admit qu'elle avait eu plusieurs contacts en apparence amicaux avec l'appelant suite à la soirée en question.

[9] Se fondant sur cette preuve, la poursuite soumit que les éléments essentiels de l'infraction d'agression sexuelle avaient été prouvés hors de tout doute raisonnable. Les éléments matériels constitués de contacts sexuels sans le consentement de la plaignante étaient clairement présents. Pour établir l'élément mental, la poursuite devait prouver hors de tout doute raisonnable que

l'appelant savait que la plaignante ne consentait pas, ou qu'il avait fait montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de l'absence de consentement. En raison du témoignage digne de foi de la plaignante suivant lequel elle avait clairement communiqué son absence de consentement, on devait, suivant la poursuite, conclure hors de tout doute raisonnable que l'appelant savait qu'elle ne consentait pas. La poursuite a également soutenu que l'appelant aurait difficilement pu présenter une défense de croyance erronée au consentement en raison des limites que le paragraphe 273.2 du *Code criminel* impose à cette défense, ce paragraphe énonçant qu'un accusé ne peut se prévaloir de cette défense lorsque sa croyance provient soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés, soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire ou encore lorsqu'elle résulte du fait qu'il n'a pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement.

[10] Dans ses observations, l'avocat de la défense a clairement indiqué que l'appelant ne présentait pas de défense de croyance erronée au consentement. Il a concédé que ce moyen de défense n'était pas vraisemblable. Le juge militaire a paru étonné.

[11] L'avocat de la défense s'est fondé en grande partie sur le comportement de la plaignante tant avant qu'après l'activité sexuelle. La théorie de la défense semblait être que, dans l'ensemble, la plaignante était tout simplement mal à l'aise avec les événements survenus lors de cette soirée et que son témoignage suivant lequel elle n'avait pas consenti à l'activité sexuelle survenue entre elle et l'appelant ne devrait pas être cru. Après tout, elle avait invité l'appelant à sa chambre et dans son lit. Elle lui a permis d'entrer dans sa chambre et s'est étendue sur le lit

avec lui pour regarder un film. Elle a d'abord consenti au contact sexuel en permettant à l'appelant de toucher son vagin à travers son pantalon en molleton.

[12] L'avocat de la défense a également laissé entendre que, si l'appelant s'était véritablement comporté de la façon décrite par la plaignante, il serait illogique qu'elle ait interagi avec lui de façon en apparence amicale après l'agression alléguée, à commencer par le fait qu'elle soit sortie griller une cigarette dès après. De plus, elle n'a porté plainte que plus de deux semaines plus tard. L'avocat de la défense a insinué que la plainte était une tentative d'atténuer son implication dans une bagarre survenue dans un bar.

[13] Le juge militaire a conclu que la plaignante avait témoigné de façon calme, respectueuse, polie, sincère, cohérente et détaillée. Elle n'avait esquivé aucune question. En fait, elle avait fait un certain nombre d'admissions qui ne lui étaient pas favorables. Le juge a conclu que le comportement amical de plaignante à l'égard de l'appelant après la soirée en question ne portait guère à conséquence. Elle tentait tout simplement d'entretenir une relation amicale avec lui. Manifestement, elle avait des sentiments ambivalents à son égard. Les contradictions mineures de son témoignage n'enlèvent rien à sa crédibilité générale. Le juge a conclu que son témoignage était digne de foi et qu'elle avait fait front à un contre-interrogatoire rigoureux et efficace.

[14] Le juge a conclu que le comportement fautif de l'appelant avait commencé lorsqu'il était monté à califourchon sur la plaignante et avait commencé à l'embrasser. L'appelant a continué en dépit de ses objections. Les éléments constitutifs de l'infraction d'agression sexuelle étaient donc présents. L'acte fautif se trouvait dans l'emploi de la force à des fins sexuelles sans le

consentement de la plaignante. Pour ce qui est de l'élément mental, l'appelant ne pouvait raisonnablement avoir interprété la conduite de la plaignante et ses protestations comme un consentement valable.

[15] Par conséquent, le juge a trouvé l'appelant coupable d'agression sexuelle. Il lui a imposé une sentence de six mois de prison et l'a rétrogradé d'un rang.

III. L'appelant peut-il produire de nouveaux éléments de preuve dans le cadre du présent appel?

[16] L'appelant désire présenter de nouveaux éléments de preuve à l'appui de sa prétention suivant laquelle il a été privé de l'assistance effective d'un avocat lors de son procès et qu'il en est résulté une erreur judiciaire. La preuve nouvelle est composée d'affidavits souscrits par l'appelant et l'avocat qui l'a représenté au procès ainsi que des transcriptions des contre-interrogatoires tenus sur ces mêmes affidavits.

(1) Le test

[17] Les cours d'appel sont par nature peu enclines à admettre de nouveaux éléments de preuve en appel. Toute la preuve pertinente et disponible devrait normalement être présentée au juge des faits au procès, afin qu'il puisse décider si la poursuite s'est déchargée de son fardeau de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Il y a toutefois des exceptions. L'une d'elles se présente lorsque la preuve n'a pas été présentée lors du procès par suite de la recommandation de l'avocat de l'accusé; lorsque l'avocat a donné des mauvais conseils et, si la

présentation de cette preuve aurait pu soulever un doute raisonnable, qu'il en est résulté une erreur judiciaire.

[18] Le test général pour l'admission de nouveaux éléments de preuve en appel comprend quatre critères énoncés initialement dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759 :

1. On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles.
2. La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
3. La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi.
4. Elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat. (Voir aussi *R. c. G.D.B.*, 2000 CSC 22, au paragraphe 16).

[19] Dans les cas impliquant une allégation d'incompétence de l'avocat, ces critères ont été ramenés aux deux questions suivantes :

1. Les gestes ou omissions de l'avocat démontrent-ils qu'il n'a pas fait preuve de compétence?
2. En est-il résulté une erreur judiciaire?

[20] On devrait répondre à la deuxième question en premier, puisque, si on y répond par la négative, il ne sera pas nécessaire de décider si l'avocat a fait preuve de compétence. (*G.D.B.*, au paragraphe 29). En effet, on retrouve dans la deuxième question les trois derniers des quatre critères énoncés dans l'arrêt *Palmer* pour admettre de nouveaux éléments de preuve en appel. (*R. c. Appelton*, 149 OAC 148, au paragraphe 24).

(2) Les nouveaux éléments de preuve

[21] L'appelant n'a pas témoigné au procès. Dans son affidavit souscrit à l'appui du présent appel, il affirme qu'il aurait déclaré qu'au cours de la soirée en question, lorsqu'il a légèrement descendu le pantalon en molleton de la plaignante, il lui a dit qu'il voulait baiser son derrière, elle a souri. Ce qu'il a donc fait pendant quelques minutes. À la suggestion de l'appelant, elle s'est mise à quatre pattes et il a mis de la salive sur son anus et l'a touché avec son doigt. Sachant que la plaignante avait ses règles, il lui a suggéré qu'ils pourraient [TRADUCTION] « essayer quelque chose de différent ». La plaignante a souri et il inséra son doigt dans son anus. Elle le regardait alors qu'il tenait son pénis et s'avançait vers elle et elle déplaça aussi ses hanches vers lui. Il toucha l'anus de la plaignante avec son pénis, mais ne l'inséra pas, et alors qu'il se préparait à la pénétrer, elle dit non et il arrêta immédiatement.

[22] L'appelant affirme également qu'il a informé son avocat d'une conversation antérieure avec la plaignante. Il dit qu'elle était venue à sa chambre un soir avec deux films pornographiques qu'ils ont regardés ensemble. Il lui a demandé si elle avait déjà pratiqué le coït anal. Lorsqu'elle répondit oui, il lui dit qu'il aimerait le pratiquer un jour avec elle. Elle sourit.

[23] Lors du contre-interrogatoire, l'appelant admit qu'il n'avait pas précisément demandé à la plaignante si elle voulait pratiquer le coït anal. Il a plutôt proposé de faire [TRADUCTION] « quelque chose de différent » et, parce que la plaignante a souri à sa suggestion, il croyait qu'il pouvait continuer. Il a également admis que la plaignante n'avait prononcé aucun mot indiquant explicitement un consentement, mais il croyait que son langage corporel et son expression faciale suggéraient qu'elle voulait qu'il continue.

[24] En ce qui a trait au conseil qu'il a reçu de son avocat, l'appelant a déclaré que l'avocat avait été clair et que les décisions concernant la conduite de la défense devaient être prises par l'appelant, et non par l'avocat. Après avoir entendu la version des événements de l'appelant, l'avocat lui dit qu'il ne semblait pas être un bon témoin. L'appelant déclare que son avocat lui a dit qu'il préférait généralement que ses clients ne témoignent pas dans les affaires d'agression sexuelle, sauf lorsque [TRADUCTION] « les carottes [étaient] cuites ». Il conseilla énergiquement à l'appelant de ne pas témoigner. Lors d'une rencontre subséquente, l'appelant et son avocat ont brièvement répété le témoignage qu'il pourrait rendre s'il décidait de témoigner. À la fin de la première journée du procès, l'appelant et son avocat discutèrent à nouveau de la possibilité qu'il témoigne. L'avocat lui conseilla sans réserve de ne pas le faire, mais lui dit qu'il s'agissait de sa décision. Se fiant à l'expertise et aux conseils de son avocat, l'appelant décida de ne pas témoigner.

[25] L'avocat de la défense a reconnu qu'il préfère habituellement que ses clients ne témoignent pas. Toutefois, dans cette affaire, il a laissé cette possibilité en suspens jusqu'à la fin du témoignage de la plaignante, puisque cela dépendait de la crédibilité de la plaignante.

L'avocat craignait que la version des événements de l'appelant n'étaye la présence des éléments de l'infraction d'agression sexuelle. De plus, il doutait que l'appelant ait pris les mesures raisonnables pour s'assurer que la plaignante avait consenti à la pratique du coït anal. Par conséquent, il écarta les chances de succès d'une défense de croyance sincère au consentement et jugea qu'il était préférable que l'appelant ne témoigne pas.

(3) Sommes-nous en présence d'une erreur judiciaire?

[26] Pour répondre à cette question, on doit décider si les nouveaux éléments de preuve sont pertinents et crédibles et s'ils auraient raisonnablement pu influer sur l'issue du procès.

[27] Manifestement, la version des événements de l'appelant est pertinente. Elle porte sur la question de savoir si l'appelant a volontairement eu des contacts sexuels avec la plaignante sans son consentement (c.-à-d. qu'elle porte sur l'élément mental de l'infraction d'agression sexuelle). Selon la version des événements de l'appelant, il croyait sincèrement que la plaignante consentait aux contacts sexuels entre eux jusqu'au moment où il tenta de pratiquer le coït anal avec elle. Lorsqu'elle lui demanda d'arrêter, il s'arrêta. Son témoignage était manifestement pertinent relativement à l'un des éléments essentiels que la poursuite devait prouver hors de tout doute raisonnable.

[28] De plus, on peut raisonnablement ajouter foi à la déposition de l'appelant. Sa version des événements est plausible dans les circonstances. En fait, les versions de l'appelant et de la plaignante se rejoignent sur un bon nombre d'aspects en ce qui a trait à la façon dont la soirée a commencé, sur les contacts sexuels consensuels initiaux survenus entre eux, sur le fait que la

plaignante n'ait jamais exprimé son consentement verbalement, sur le retrait clair de son consentement par la plaignante et sur leurs interactions subséquentes.

[29] Enfin, je suis convaincu que les nouveaux éléments de preuve auraient raisonnablement pu influer sur l'issue du procès. Le juge militaire n'a pu entendre qu'une version des événements. Si l'appelant avait témoigné sur le comportement dont il a déduit qu'il communiquait le consentement de la plaignante, le juge aurait pu avoir un doute raisonnable sur la question de savoir si l'appelant savait que la plaignante ne consentait pas aux contacts sexuels qui ont eu lieu jusqu'au moment où elle a exprimé, sans équivoque, son absence de consentement ou qu'il a été insouciant ou a fait montre d'aveuglement volontaire à l'égard de son absence de consentement. En d'autres mots, l'appelant aurait pu avoir une défense plausible de croyance sincère mais erronée au consentement. Même si le juge n'avait pas cru la version des événements de l'appelant, cet élément de preuve aurait pu soulever un doute raisonnable quant à l'élément mental requis. (*R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la page 757).

[30] La poursuite souligne qu'un accusé ne peut se prévaloir de la défense de croyance erronée au consentement lorsqu'il n'a pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement (alinéa 273.2*b*)), et que les nouveaux éléments de preuve que l'appelant désire présenter ne décrivent pas les mesures qu'il a prises pour s'assurer du consentement. Toutefois, les « mesures raisonnables » doivent s'apprécier en fonction du contexte et de la situation propres à l'accusé. En l'espèce, la question de savoir si l'appelant a pris des mesures raisonnables devrait être examinée dans le contexte de la relation entre l'appelant et la plaignante, de même qu'à la lumière du contenu de sa déposition se rapportant aux propos et la

gestuelle de la plaignante lors de cette soirée. Je ne peux conclure que l'alinéa 273.2*b*) aurait définitivement fermé la porte à une défense de croyance sincère au consentement. La déposition de l'appelant dans le cadre du présent appel est à l'effet qu'il était conscient de la nécessité d'obtenir le consentement de la plaignante et qu'il était attentif aux indices en ce sens.

[31] La poursuite soutient également que l'appelant ne peut se prévaloir de la défense de croyance erronée au consentement, étant donné que lui et la plaignante ont offert des versions des faits diamétralement opposées. Elle a décrit des contacts sexuels insistants de la part de l'appelant en dépit de ses nombreuses expressions de refus tandis qu'il relate une expérience sexuelle à laquelle la plaignante participait de son plein gré jusqu'au moment où elle s'y opposa sans équivoque et qu'il s'arrêta.

[32] La Cour suprême du Canada a décidé que, lorsque les versions de l'accusé et de la plaignante sont incompatibles, la défense de croyance erronée au consentement ne peut s'appliquer. Le juge des faits ne donnera ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement que lorsqu'il pourra combiner une partie du témoignage du plaignant et une partie du témoignage de l'accusé afin d'en tirer une version des événements commune et cohérente justifiant le recours à cette défense. (*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au paragraphe 25). Selon la poursuite, cela n'est pas possible dans la présente affaire.

[33] Je ne suis pas d'accord. En se fondant sur l'ensemble de la preuve dans la présente affaire, il serait possible d'accepter certaines parties de la version de la plaignante et certaines parties de la version de l'appelant et d'en arriver à un scénario cohérent dans lequel l'appelant

peut avoir cru de façon erronée que le contact sexuel auquel ils se livraient était consensuel jusqu'au moment où le consentement fut clairement retiré. Une fois de plus, je ne crois pas que la défense de croyance erronée au consentement ne soit pas disponible dans les circonstances.

[34] Par conséquent, je suis convaincu que nous sommes en présence d'une erreur judiciaire. La prochaine question consiste à savoir si l'avocat de la défense n'a pas fait preuve de compétence.

(4) Les actes ou omissions de l'avocat de la défense démontrent-ils qu'il n'a pas fait preuve de compétence?

[35] La conduite d'un avocat est soumise à la norme de la raisonnabilité et ne devrait pas être examinée a posteriori. Il existe une forte présomption selon laquelle un avocat agit de manière raisonnable. (*R. c. Joanisse* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.) aux pages 60 et 61; *R. c. T.(L.C.)*, 2012 ONCA 116, au paragraphe 38).

[36] La poursuite soutient que l'avocat de la défense a fait preuve de compétence au procès. Plus particulièrement, la poursuite soutient qu'étant donné que le témoignage de l'appelant aurait été équivalent à un aveu de culpabilité, l'avocat lui a correctement conseillé de ne pas témoigner. De plus, tel qu'il a été mentionné précédemment, étant donné qu'il ne pouvait dans les circonstances se prévaloir de la défense de croyance erronée au consentement, l'appelant ne pouvait tirer aucun avantage de son témoignage. Enfin, l'avocat de la défense a soumis la plaignante à un contre-interrogatoire rigoureux et a fait valoir la meilleure défense disponible au vu de la preuve, à savoir que l'appelant ne pouvait tout simplement pas être cru.

[37] Selon moi, l'appelant n'a pas reçu l'assistance effective d'un avocat à son procès. La seule défense valable dans les circonstances était la croyance erronée au consentement, toutefois l'appelant a été découragé par son avocat de produire une preuve à l'appui de cette défense et, de plus, celui-ci a affirmé au juge militaire qu'une telle défense n'avait aucune apparence de vraisemblance.

[38] En outre, la plaignante n'a pas eu la moindre hésitation sur la question du consentement tout au cours du long contre-interrogatoire auquel l'avocat de la défense l'a soumise. Elle a résolument soutenu qu'elle n'avait, subjectivement, pas consenti. La perception subjective de la situation par la plaignante était tout ce qui comptait. La défense de consentement n'apparaissait donc pas.

[39] Dans son affidavit, l'avocat de la défense a expliqué qu'au cours de leurs rencontres avant le procès, l'appelant avait donné des versions des faits qui divergeaient légèrement. En outre, l'appelant semblait nerveux. L'avocat a fait savoir à l'appelant qu'il était souvent préférable qu'un accusé ne témoigne pas afin d'éviter d'être soumis à un contre-interrogatoire au cours duquel il pourrait admettre par inadvertance des éléments constitutifs de l'infraction. En l'occurrence, la version de l'appelant aurait reconnu les éléments matériels de l'agression sexuelle, et le consentement n'aurait pu être soulevé comme moyen de défense. En ce qui a trait à la croyance erronée au consentement, l'avocat de la défense croyait que l'appelant n'avait pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante. Il en a donc conclu que l'appelant ne pouvait pas non plus se prévaloir de la défense de croyance erronée. La

seule option consistait à attaquer la crédibilité de la plaignante. Par conséquent, il a conseillé à l'appelant de ne pas témoigner.

[40] Même s'il se peut que l'appelant ait donné à son avocat des versions légèrement différentes des événements de la soirée en question, il a constamment nié toute intention d'avoir des relations sexuelles sans le consentement de la plaignante. L'appelant a reconnu qu'il y avait eu des contacts sexuels et que la plaignante n'avait pas exprimé de consentement verbal. Par conséquent, tel que l'a reconnu l'avocat, l'appelant ne pouvait se prévaloir de la défense de consentement. La seule défense possible était la croyance erronée au consentement et il incombait à l'appelant de présenter une preuve à cet effet (*R. c. Ross*, 2012 NSCA 56, au paragraphe 38). S'il avait témoigné, la description par l'appelant des propos et de la gestuelle de la plaignante aurait pu soulever un doute raisonnable en ce qui a trait à l'élément mental de l'infraction d'agression sexuelle.

[41] Même s'il se peut que l'appelant n'ait pas été un témoin convainquant, la seule façon réaliste de présenter la seule défense disponible eu égard aux faits était de le faire témoigner. Il n'y a aucune indication dans les nouveaux éléments de preuve qui laisse croire que cela a été expliqué à l'appelant.

[42] Selon moi, la tentative de l'avocat de la défense de diminuer la crédibilité générale de la plaignante n'était pas une stratégie de défense appropriée. Tel que l'avocat le reconnaît, il était clair qu'il y avait eu des contacts sexuels entre la plaignante et l'appelant et qu'aucune défense de consentement n'était disponible. Les éléments matériels de l'infraction d'agression sexuelle

étaient manifestement présents. La seule question en suspens consistait à savoir si l'appelant avait l'élément mental requis. Il est peu probable que le contre-interrogatoire de la plaignante ait été d'une utilité quelconque à la défense à cet égard. On voit donc mal qu'elle était la théorie de la défense ou qu'elle était l'utilité d'attaquer la crédibilité générale de la plaignante. Quoi qu'il en soit, tel que le juge militaire l'a souligné, le contre-interrogatoire de la plaignante mené par l'avocat de la défense a plutôt rendu son témoignage plus crédible.

[43] En ce qui a trait à la croyance erronée, l'avocat estimait que l'appelant n'avait pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer du consentement de la plaignante. Toutefois, tel que mentionné précédemment, la véritable question consistait à savoir si l'appelant avait pris des mesures raisonnables à la lumière des faits particuliers qu'il connaissait. Il s'agit d'une norme hybride qui combine à la fois des éléments subjectifs et objectifs. Bien que l'avocat ait pu croire que l'appelant n'avait pas pris de mesures raisonnables, la question à se poser était qu'aurait fait une personne raisonnable qui se serait retrouvée dans la situation de l'appelant. Seul l'appelant pouvait présenter sa perception subjective des circonstances et décrire les mesures qu'il avait prises pour s'assurer du consentement de la plaignante, et seul le juge du procès aurait pu décider si la conduite de l'appelant était raisonnable dans ces circonstances.

[44] Par conséquent, le conseil de l'avocat de la défense portant sur l'opportunité de faire témoigner l'appelant aurait dû prendre en compte le fait que la seule défense disponible au regard de la preuve était la croyance erronée au consentement. En réalité, la seule personne qui pouvait offrir une preuve à l'appui de cette défense était l'appelant lui-même. En plus de mettre l'appelant en garde relativement aux incohérences que le contre-interrogatoire pouvait faire

ressortir de son témoignage, outre le fait que sa nervosité pouvait affecter sa crédibilité, l'avocat de la défense aurait dû expliquer à l'appelant que ses chances d'acquittement étaient fortement tributaires du témoignage qu'il pourrait rendre quant au fondement de sa croyance sincère au consentement de la plaignante à l'activité sexuelle qui s'est déroulée jusqu'au moment où le consentement a clairement été retiré. L'absence d'un tel conseil a selon moi privé l'appelant de l'assistance effective d'un avocat.

[45] L'avocat a laissé à l'appelant le soin de décider de témoigner. Néanmoins, en l'absence d'un conseil spécifique portant sur le lien entre le témoignage de l'appelant et la défense de croyance erronée, l'avocat n'a pas permis à l'appelant de prendre une décision éclairée. C'est ce qui distingue cette cause de celle dans laquelle l'accusé a adhéré au conseil raisonnable de son avocat de ne pas témoigner. (*R. c. WEB*, 2014 CSC 2).

[46] En l'espèce, l'élément déterminant était la croyance erronée, l'avocat avait l'obligation de dire à l'appelant que le fait de [TRADUCTION] « ne pas témoigner représentait un risque très grave » (*Ross*, au paragraphe 40). Dans *Ross*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a fait également remarquer qu'elle ne connaissait aucun précédent où une défense de croyance sincère erronée avait eu quelque succès en l'absence du témoignage de l'accusé (au paragraphe 43).

[47] Par conséquent, je suis convaincu que l'appelant a démontré que le conseil de son avocat n'était pas raisonnable. L'appelant a été privé de l'assistance effective d'un avocat au procès et il en est résulté que sa condamnation pour agression sexuelle est litigieuse.

IV. Conclusion et jugement

[48] L'appelant a produit dans le présent appel des éléments de preuve pertinents et crédibles qui auraient raisonnablement pu influer sur la décision du juge suivant laquelle l'appelant était coupable d'agression sexuelle. Il en est donc résulté une erreur judiciaire. De plus, l'appelant a démontré qu'il n'avait pas reçu l'assistance effective d'un avocat lors de son procès.

[49] Par conséquent, les nouveaux éléments de preuve doivent être admis. J'accueillerais l'appel, annulerais la condamnation et ordonnerais un nouveau procès.

[50] L'ordonnance rendue en vertu du paragraphe 486.4 du *Code criminel* et de l'article 179 de la *Loi sur la défense nationale* interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité de la plaignante est reconduite.

« James W. O'Reilly »
j.c.a

« Je suis d'accord.
Johanne Gauthier, j.c.a. »

« Je suis d'accord.
Richard Mosley, j.c.a. »

Annexe A

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

Exclusion du moyen de défense fondé sur la croyance au consentement

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

[…]

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

Ordonnance limitant la publication — infractions d'ordre sexuel

486.4 (1) Sous réserve du paragraphe (2), le juge ou le juge de paix qui préside peut rendre une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'un plaignant ou d'un témoin dans les procédures relatives à :

a) l'une des infractions suivantes :

(i) une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 162, 163.1, 170, 171, 171.1, 172, 172.1, 172.2, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 280, 281, 346 ou 347,

(ii) une infraction prévue aux articles 144 (viol), 145 (tentative de viol), 149 (attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin), 156 (attentat à la pudeur d'une personne de sexe

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

Where belief in consent not a defence

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

…

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

Order restricting publication — sexual offences

486.4 (1) Subject to subsection (2), the presiding judge or justice may make an order directing that any information that could identify the complainant or a witness shall not be published in any document or broadcast or transmitted in any way, in proceedings in respect of

(*a*) any of the following offences:

(i) an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155, 159, 160, 162, 163.1, 170, 171, 171.1, 172, 172.1, 172.2, 173, 210, 211, 212, 213, 271, 272, 273, 279.01, 279.011, 279.02, 279.03, 280, 281, 346 or 347,

(ii) an offence under section 144 (rape), 145 (attempt to commit rape), 149 (indecent assault on female), 156 (indecent assault on male) or 245 (common assault) or subsection 246(1)

masculin) ou 245 (voies de fait ou attaque) ou au paragraphe 246(1) (voies de fait avec intention) du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans leur version antérieure au 4 janvier 1983,

(assault with intent) of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 4, 1983, or

(iii) une infraction prévue aux paragraphes 146(1) (rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de moins de 14 ans) ou (2) (rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de 14 à 16 ans) ou aux articles 151 (séduction d'une personne de sexe féminin âgée de 16 à 18 ans), 153 (rapports sexuels avec sa belle-fille), 155 (sodomie ou bestialité), 157 (grossière indécence), 166 (père, mère ou tuteur qui cause le déflorement) ou 167 (maître de maison qui permet le déflorement) du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans leur version antérieure au 1er janvier 1988;

(iii) an offence under subsection 146(1) (sexual intercourse with a female under 14) or (2) (sexual intercourse with a female between 14 and 16) or section 151 (seduction of a female between 16 and 18), 153 (sexual intercourse with step-daughter), 155 (buggery or bestiality), 157 (gross indecency), 166 (parent or guardian procuring defilement) or 167 (householder permitting defilement) of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read immediately before January 1, 1988; or

b) deux infractions ou plus dans le cadre de la même procédure, dont l'une est une infraction visée aux sous-alinéas *a*)(i) à (iii).

(*b*) two or more offences being dealt with in the same proceeding, at least one of which is an offence referred to in any of subparagraphs (*a*)(i) to (iii).

Obligations du juge

(2) Dans les procédures relatives à des infractions visées aux alinéas (1)*a*) ou *b*), le juge ou le juge de paix qui préside est tenu :

a) d'aviser dès que possible les témoins âgés de moins de dix-huit ans et le plaignant de leur droit de demander l'ordonnance;

b) de rendre l'ordonnance, si le poursuivant, le plaignant ou l'un de ces témoins lui en fait la demande.

Mandatory order on application

(2) In proceedings in respect of the offences referred to in paragraph (1)(*a*) or (*b*), the presiding judge or justice shall

(*a*) at the first reasonable opportunity, inform any witness under the age of eighteen years and the complainant of the right to make an application for the order; and

(*b*) on application made by the complainant, the prosecutor or any such witness, make the order.

Pornographie juvénile

(3) Dans les procédures relatives à une infraction visée à l'article 163.1, le juge ou le juge de paix rend une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit tout renseignement qui permettrait d'établir l'identité d'un témoin âgé de moins de dix-huit ans ou d'une personne faisant l'objet d'une représentation, d'un écrit ou d'un enregistrement qui constitue de la pornographie juvénile au sens de cet article.

Restriction

(4) Les ordonnances rendues en vertu du présent article ne s'appliquent pas à la communication de renseignements dans le cours de l'administration de la justice si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité.

Child pornography

(3) In proceedings in respect of an offence under section 163.1, a judge or justice shall make an order directing that any information that could identify a witness who is under the age of eighteen years, or any person who is the subject of a representation, written material or a recording that constitutes child pornography within the meaning of that section, shall not be published in any document or broadcast or transmitted in any way.

Limitation

(4) An order made under this section does not apply in respect of the disclosure of information in the course of the administration of justice when it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community.

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

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

Cour martiale

179. (1) La cour martiale a, pour la comparution, la prestation de serment et l'interrogatoire des témoins, ainsi que pour la production et l'examen des pièces, l'exécution de ses ordonnances et toutes autres questions relevant de sa compétence, les mêmes attributions qu'une cour supérieure de juridiction criminelle, notamment le pouvoir de punir l'outrage au tribunal.

Court martial

179. (1) A court martial has the same powers, rights and privileges as are vested in a superior court of criminal jurisdiction with respect to

(a) the attendance, swearing and examination of witnesses;

(b) the production and inspection of documents;

(c) the enforcement of its orders; and

(d) all other matters necessary or proper for the due exercise of its jurisdiction, including the power to punish for contempt.

Juge militaire

(2) Chaque juge militaire a ces mêmes attributions pour l'exercice des fonctions judiciaires que lui confie la présente loi, sauf lorsqu'il préside une cour martiale.

Military judges

(2) Subsection (1) applies to a military judge performing a judicial duty under this Act other than presiding at a court martial.

COUR D'APPEL DE LA COUR MARTIALE DU CANADA

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER :	CMAC-557
INTITULÉ :	SOUS-LIEUTENANT JASMIN THIBEAULT c SA MAJESTÉ LA REINE
LIEU DE L'AUDIENCE :	OTTAWA, ONTARIO
DATE DE L'AUDIENCE :	LE 15 NOVEMBRE 2013
MOTIFS DU JUGEMENT :	LE JUGE O'REILLY
Y ONT SOUSCRIT :	LA JUGE GAUTHIER LE JUGE MOSLEY
DATE :	Le 24 février 2014

COMPARUTIONS :

Me Ian Carter	POUR L'APPELLANT
Major Anthony Tamburro	POUR L'INTIMÉE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Bayne, Sellar, Boxall Avocats et conseillers juridiques Ottawa (Ontario)	POUR L'APPELLANT
Service canadien des poursuites militaires Quartier général de la défense nationale Ottawa (Ontario)	POUR L'INTIMÉE