

Bradley David Barton *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**Attorney General of Canada,
Attorney General of Ontario,
Director of Criminal and Penal Prosecutions,
Attorney General of Manitoba,
Vancouver Rape Relief Society,
La Concertation des luttes contre
l'exploitation sexuelle,
AWCEP Asian Women for Equality Society,
Aboriginal Women's Action Network,
Formerly Exploited Voices Now Educating,
Centre to End All Sexual Exploitation,
Assembly of First Nations, Ad Idem /
Canadian Media Lawyers Association,
Women of the Métis Nation /
Les Femmes Michif Otipemisiwak,
National Inquiry into Missing and Murdered
Indigenous Women and Girls,
Independent Criminal Defence Advocacy
Society, Criminal Lawyers' Association
of Ontario, Institute for the Advancement
of Aboriginal Women, Women's Legal
Education and Action Fund Inc.,
David Asper Centre for Constitutional Rights,
Aboriginal Legal Services and Criminal Trial
Lawyers' Association (Alberta)** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BARTON

2019 SCC 33

File No.: 37769.

2018: October 11; 2019: May 24.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Brown and Rowe JJ.

Bradley David Barton *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Procureur général du Canada,
procureure générale de l'Ontario,
directeur des poursuites criminelles et
pénales, procureur général du Manitoba,
Vancouver Rape Relief Society,
La Concertation des luttes contre
l'exploitation sexuelle,
AWCEP Asian Women for Equality Society,
Aboriginal Women's Action Network,
Formerly Exploited Voices Now Educating,
Centre to End All Sexual Exploitation,
Assemblée des Premières Nations, Ad Idem /
Canadian Media Lawyers Association,
Women of the Métis Nation / Les Femmes
Michif Otipemisiwak,
Enquête nationale sur les femmes et les
filles autochtones disparues et assassinées,
Independent Criminal Defence Advocacy
Society, Criminal Lawyers' Association
of Ontario, Institute for the Advancement
of Aboriginal Women, Fonds d'action et
d'éducation juridiques pour les femmes, inc.,
David Asper Centre for Constitutional
Rights, Aboriginal Legal Services et
Criminal Trial Lawyers' Association
(Alberta)** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. c. BARTON

2019 CSC 33

N° du greffe : 37769.

2018 : 11 octobre; 2019 : 24 mai.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Rowe.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with first degree murder in death of Indigenous sex worker — Accused testifying at trial about previous sexual activity with deceased without having applied to adduce such evidence — Evidence going to jury without detailed limiting instruction — Accused acquitted — Whether trial judge erred in failing to determine whether evidence of prior sexual activity was admissible — If so, whether new trial warranted — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.

Criminal law — Charge to jury — Mistaken belief in communicated consent — Accused charged with first degree murder in death of Indigenous sex worker — Crown alternatively submitting that accused committed unlawful act manslaughter by causing deceased's death in course of sexual assault — Accused relying on defence of honest but mistaken belief in communicated consent — Trial judge submitting defence to jury — Accused acquitted — Whether trial judge erred in his charge to jury in failing to caution jury on mistakes of law related to defence — If so, whether new trial warranted.

The accused was charged with first degree murder in the death of an Indigenous woman and sex worker, who was found dead in the bathroom of the accused's hotel room. The cause of death was determined to be loss of blood due to an 11 cm wound in her vaginal wall. The Crown's theory was that during the course of commercial sexual activities while the deceased was incapacitated by alcohol, the accused cut the inside of her vagina with a sharp object with intent to seriously harm or kill her. Alternatively, the Crown took the position that if the accused did not murder the deceased, he committed the lesser and included offence of unlawful act manslaughter, by causing her death in the course of a sexual assault. The accused, however, maintained his innocence. He testified that he and the deceased engaged in similar consensual sexual activity on both the night leading up to her death and the previous night, and that on both occasions, he penetrated her vagina with his fingers and thrusting repeatedly. He claimed that she started to bleed unexpectedly on the second night, bringing the sexual activity to a halt, and he awoke the next morning to find her dead in the bathtub. He then left the hotel in a panic, returned, called 911, and

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Activité sexuelle du plaignant — Accusé inculpé du meurtre au premier degré d'une travailleuse du sexe autochtone — Accusé témoignant au procès à propos d'une activité sexuelle antérieure avec la défunte sans avoir demandé l'autorisation de présenter ce témoignage — Témoignage laissé à l'appréciation du jury sans directive restrictive détaillée — Accusé acquitté — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne décidant pas si la preuve de l'activité sexuelle antérieure était admissible? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès est-elle justifiée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276.

Droit criminel — Exposé au jury — Croyance erronée au consentement communiqué — Accusé inculpé du meurtre au premier degré d'une travailleuse du sexe autochtone — Argument subsidiaire du ministère public selon lequel l'accusé a commis un homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal en causant la mort de la défunte au cours d'une agression sexuelle — Accusé invoquant la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué — Défense soumise au jury par le juge du procès — Accusé acquitté — Le juge du procès a-t-il fait erreur dans son exposé au jury en ne mettant pas en garde celui-ci sur les erreurs de droit lié au moyen de défense? — Dans l'affirmative, la tenue d'un nouveau procès est-elle justifiée?

L'accusé a été inculpé du meurtre au premier degré d'une femme autochtone et travailleuse du sexe, qui a été retrouvée sans vie dans la salle de bain de la chambre d'hôtel réservée par l'accusé. Le décès a été attribué à l'hémorragie causée par une déchirure de 11 cm de la paroi vaginale de la défunte. Le ministère public a avancé la thèse selon laquelle, pendant des activités sexuelles de nature commerciale alors que les facultés de la défunte étaient affaiblies par l'alcool, l'accusé lui a fait une incision à l'intérieur du vagin au moyen d'un objet tranchant dans l'intention de lui causer des blessures graves ou de la tuer. Subsidiairement, le ministère public a fait valoir que, si l'accusé n'avait pas assassiné la défunte, il avait alors commis l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal pour avoir causé la mort de la défunte au cours d'une agression sexuelle. L'accusé a toutefois plaidé son innocence. Il a déclaré que la nuit précédant son décès et la nuit avant ça, ils s'étaient livrés à une activité sexuelle consensuelle similaire. Lors des deux occasions, il a inséré ses doigts dans le vagin de la défunte, en effectuant maintes fois un mouvement

fabricated different versions of a false story. Although he admitted that he caused her death, he claimed that it was a non-culpable accident. He denied using a sharp object and asserted that the deceased consented to the sexual activities in question — or at least he honestly believed that she did.

In its opening address to the jury, the Crown referred to the deceased as a prostitute and explained that she and the accused struck up a working relationship on the night before her death. In addition, without having submitted an application under ss. 276.1(1) and 276.1(2) of the *Criminal Code* to adduce evidence of the deceased's prior sexual activity, the accused testified at length about his previous sexual activity with the deceased. The Crown did not object, nor did the trial judge order a separate hearing to consider the admissibility and permissible uses of this evidence. The jury acquitted the accused. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the accused's acquittal, and ordered a new trial on first degree murder.

Held (Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part and a new trial on unlawful act manslaughter ordered.

Per Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ.: The trial judge erred in failing to comply with the mandatory requirements set out in s. 276 of the *Criminal Code*. That error had ripple effects, most acutely in the instructions on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, upon which the accused relied. In particular, non-compliance with the s. 276 regime translated into a failure to expose and properly address misleading evidence and mistakes of law arising from the accused's defence. This resulted in a reversible error warranting a new trial. However, the new trial should be restricted to the offence of unlawful act manslaughter, as it has not been demonstrated that the acquittal on murder was tainted by reversible error.

de va-et-vient. Il a affirmé que, la deuxième nuit, elle a commencé à saigner de manière inattendue, ce qui a mis fin aux rapports sexuels, et il s'est réveillé le lendemain matin et l'a retrouvée morte dans la baignoire. Il a ensuite quitté la chambre d'hôtel pris de panique, y est retourné, a composé le 911 et a inventé différentes versions d'un récit fictif. Bien qu'il ait admis avoir causé la mort de la défunte, l'accusé a dit qu'il s'agissait d'un accident non coupable. Il a nié avoir utilisé un objet tranchant et a déclaré que la défunte avait consenti aux activités sexuelles en question ou, à tout le moins, qu'il croyait sincèrement que tel était le cas.

Dans son exposé introductif au jury, le ministère public a qualifié la défunte de prostituée, expliquant qu'elle avait établi avec l'accusé des rapports lucratifs la nuit précédant son décès. En outre, sans présenter de demande au titre des par. 276.1(1) et (2) du *Code criminel* pour produire une preuve de l'activité sexuelle antérieure de la défunte, l'accusé a longuement témoigné de l'activité sexuelle à laquelle il s'était livré en compagnie de la défunte. Le ministère public ne s'y est pas opposé. Le juge du procès n'a pas non plus ordonné la tenue d'une audition distincte sur l'admissibilité de cette preuve et sur l'utilisation qui pouvait en être faite. Le jury a acquitté l'accusé. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquittement de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

Arrêt (le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. La tenue d'un nouveau procès pour homicide involontaire coupable est ordonnée.

Les juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe : Le juge du procès a fait erreur en ne se conformant pas aux conditions impératives de l'art. 276 du *Code criminel*. L'erreur en question a eu un effet d'entraînement, surtout quant aux directives données sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, que l'accusé avait invoquée. Plus précisément, le non-respect du régime de l'art. 276 a entraîné le défaut d'exposer et de prendre correctement en compte les éléments de preuve trompeurs et les erreurs de droit découlant du moyen de défense invoqué par l'accusé. Cela a donné lieu à une erreur justifiant l'infirmité du verdict et la tenue d'un nouveau procès. Cependant, le nouveau procès devrait porter uniquement sur l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, car il n'a pas été démontré que l'acquittement pour meurtre était entaché d'une erreur justifiant son infirmité.

A. *Section 276 and Prior Sexual Activity Evidence*

Section 276 of the *Criminal Code* governs the admissibility of evidence about a complainant's prior sexual activities and the uses to which that evidence may be put. The animating purposes behind the s. 276 regime are to protect the integrity of the trial by excluding irrelevant and misleading evidence, protect the accused's right to a fair trial, and encourage the reporting of sexual offences by protecting the security and privacy of complainants. Section 276(1) provides that in proceedings in respect of certain listed offences, evidence of a complainant's prior sexual activity is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant is more likely to have consented to the sexual activity in question or is less worthy of belief. This section is categorical in nature and applies irrespective of which party led the evidence. Section 276(2) provides that evidence of the complainant's prior sexual activity adduced by or on behalf of the accused is presumptively inadmissible unless, after certain procedures have been followed, the trial judge rules to the contrary. The s. 276 regime applies to any proceeding in which an offence listed in s. 276(1) has some connection to the offence charged, even if no listed offence was particularized in the charging document. Crown-led prior sexual activity evidence is subject to the common law principles articulated in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

B. *Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent*

An accused may respond to a charge of sexual assault by relying on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. Consent is defined in s. 273.1(1) of the *Criminal Code* as the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question. For purposes of the *actus reus*, consent means that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place. At this stage, the focus is placed squarely on the complainant's state of mind, and the accused's perception of that state of mind is irrelevant. For purposes of the *mens rea*, and specifically for the purposes of the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, consent means that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in the sexual activity with the accused. Hence, the focus at this stage shifts to the mental state of the accused, and the question becomes whether the accused honestly

A. *L'article 276 et la preuve concernant le comportement sexuel antérieur*

L'article 276 du *Code criminel* régit l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant et l'utilisation qui peut en être faite. Les objectifs qui animent le régime de l'art. 276 visent à protéger l'intégrité du procès en écartant la preuve non pertinente et trompeuse, à garantir le droit de l'accusé à un procès équitable et à encourager la dénonciation des infractions d'ordre sexuel en protégeant la sécurité et la vie privée des plaignants. Le paragraphe 276(1) prévoit que, dans les poursuites pour certaines infractions énumérées, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation, soit moins digne de foi. Ce paragraphe est catégorique de par sa nature et s'applique indépendamment de la partie qui présente la preuve. Le paragraphe 276(2) dispose que la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant présentée par l'accusé ou son représentant est présumée inadmissible sauf si, au terme de certaines procédures, le juge du procès décide le contraire. Le régime de l'art. 276 s'applique à toute poursuite où il existe un lien entre l'infraction reprochée et une infraction énumérée au par. 276(1), même si le document d'inculpation n'en fait aucunement mention. La preuve présentée par le ministère public concernant le comportement sexuel antérieur est assujettie aux principes de common law énoncés dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

B. *La défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué*

L'accusé peut invoquer la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué à sa défense contre une accusation d'agression sexuelle. Le consentement est défini au par. 273.1(1) du *Code criminel* comme l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle. Pour les besoins de l'*actus reus*, la notion de consentement signifie que dans son esprit, la plaignante souhaitait que les attouchements sexuels aient lieu. À ce stade, l'accent est mis sans détour sur l'état d'esprit de la plaignante, alors que la perception que l'accusé avait de cet état d'esprit n'entre pas en jeu. Pour les besoins de la *mens rea*, particulièrement pour l'application de la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, la notion de consentement signifie que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l'activité sexuelle avec l'accusé. Par conséquent, l'analyse porte à cette étape sur l'état d'esprit de l'accusé; la question est alors de savoir si l'accusé croyait sincèrement

believed the complainant effectively said “yes” through her words and actions.

While the jurisprudence has consistently referred to the relevant defence as being premised on an honest but mistaken belief in consent, it is clear that in order to make out this defence, the accused must have an honest but mistaken belief that the complainant actually communicated consent, whether by words or conduct. It is therefore appropriate to refine the judicial lexicon and refer to the defence more accurately as an “honest but mistaken belief in *communicated* consent”. This refinement is intended to focus all justice system participants on the crucial question of communication of consent and avoid inadvertently straying into the forbidden territory of assumed or implied consent. In seeking to rely on the complainant’s prior sexual activities in support of a defence of honest but mistaken belief in communicated consent, the accused must be able to explain how and why that evidence informed his honest but mistaken belief that the complainant communicated consent to the sexual activity in question at the time it occurred. The accused cannot rest his defence on the false logic that the complainant’s prior sexual activities, by reason of their sexual nature, made her more likely to have consented to the sexual activity in question, and on this basis he believed that she consented.

Honest but mistaken belief in communicated consent is a mistake of fact defence, which operates where the accused mistakenly perceived facts that negate, or raise a reasonable doubt about, the fault element of the offence. By contrast, as a general rule, mistakes of law offer no excuse. Therefore, to the extent an accused’s defence of honest but mistaken belief in communicated consent rests on a mistake of law — including what counts as consent from a legal perspective — rather than a mistake of fact, the defence is of no avail. For example, it is an error of law — not fact — to assume that unless and until a woman says “no”, she has implicitly given her consent to any and all sexual activity. Implied consent, which rests on the assumption that unless a woman protests or resists, she should be deemed to consent, has no place in Canadian law. In addition, a belief that the complainant gave broad advance consent to sexual activity of an undefined scope will afford the accused no defence, as that belief is also premised on a mistake of law, not fact. As a further example, an accused’s belief that the complainant’s prior sexual activities, by reason of their sexual nature, made it more likely that she was

que la plaignante avait vraiment dit « oui » par ses paroles et ses actes.

Bien que la jurisprudence ait constamment indiqué que le moyen de défense pertinent est fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, il est clair que, pour établir ce moyen de défense, l’accusé doit faire état d’une croyance sincère mais erronée que la plaignante a, en fait, communiqué son consentement, par ses paroles ou ses actes. Il convient donc d’affiner la terminologie juridique en désignant le moyen de défense avec plus de précision par l’expression « croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué* », qui doit faire en sorte que tous les intervenants du système de justice mettent l’accent sur la question vitale de la communication du consentement et évitent de s’aventurer, par inadvertance, sur le territoire interdit du consentement présumé ou tacite. En cherchant à invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante pour appuyer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, l’accusé doit pouvoir expliquer comment et pourquoi cette preuve venait renforcer sa croyance sincère mais erronée au consentement communiqué donné par la plaignante à l’activité sexuelle au moment où elle a eu lieu. L’accusé ne saurait fonder sa défense sur la logique défectueuse que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de par sa nature, rendait cette dernière davantage susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question, et qu’il avait cru pour cette raison à son consentement.

La croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est une défense d’erreur de fait qui s’applique lorsque l’accusé croit erronément en un état de fait qui écarte l’élément de faute de l’infraction ou qui suscite un doute raisonnable quant à cet élément. À l’inverse, en règle générale, les erreurs de droit ne sont nullement une excuse. Par conséquent, dans la mesure où la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est fondée sur une erreur de droit — y compris relativement à la teneur du consentement du point de vue juridique — plutôt que sur une erreur de fait, ce moyen de défense n’est d’aucun secours. Par exemple, c’est une erreur de droit — non de fait — de présumer qu’à moins qu’elle ne dise « non », une femme donne implicitement son consentement à toute activité sexuelle. Le consentement tacite, lequel repose sur la présomption voulant que, à moins qu’elle proteste ou résiste, une femme est réputée consentir, n’a pas sa place en droit canadien. En outre, le fait de croire que la plaignante a donné son consentement général à l’avance à une activité sexuelle non définie ne saurait être invoqué comme moyen de défense, vu que cette croyance repose aussi sur une erreur de droit, non

consenting to the sexual activity in question is again a mistake of law.

The availability of the defence of honest but mistaken belief in communicated consent is not unlimited. The reasonable steps requirement under s. 273.2(b) of the *Criminal Code* imposes a precondition to this defence. This requirement, which rejects the outmoded idea that women can be taken to be consenting unless they say “no”, has both objective and subjective dimensions: the accused must take steps to ascertain consent that are objectively reasonable, and the reasonableness of those steps must be assessed in light of the circumstances known to the accused at the time. The reasonable steps inquiry is highly fact-specific. Trial judges and juries should take a purposive approach, keeping in mind that the reasonable steps requirement reaffirms that the accused cannot equate silence, passivity, or ambiguity with the communication of consent. Trial judges and juries should also be guided by the need to protect and preserve every person’s bodily integrity, sexual autonomy, and human dignity. Steps based on rape myths or stereotypical assumptions about women and consent cannot constitute reasonable steps.

The concept of reasonable steps to ascertain consent under s. 273.2(b) of the *Criminal Code* must be distinguished from the concept of reasonable grounds to support an honest belief in consent under s. 265(4). Where the accused is charged with some form of assault, the presence or absence of reasonable grounds is simply a factor to be considered in assessing the honesty of the accused’s asserted belief in consent in accordance with s. 265(4). By contrast, where the accused is charged with a sexual offence under ss. 271, 272, or 273, a failure to take reasonable steps is fatal to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent by virtue of s. 273.2(b). In the context of a charge under ss. 271, 272, or 273 where the accused asserts an honest but mistaken belief in communicated consent, if either there is no evidence upon which the trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent or the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain consent, then there would be no reason to consider the presence or absence of reasonable grounds to support an honest belief

de fait. À titre d’exemple supplémentaire, la croyance de l’accusé que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de par son caractère sexuel, rendait celle-ci davantage susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question constitue elle aussi une erreur de droit.

La possibilité d’invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué n’est pas sans limite. L’obligation relative aux mesures raisonnables prévue à l’al. 273.2b) du *Code criminel* impose une condition préalable à cette défense. Cette condition, qui rejette l’idée périmée selon laquelle les femmes sont réputées consentir à moins qu’elles disent « non », comporte à la fois une dimension objective et une dimension subjective : l’accusé doit prendre des mesures objectivement raisonnables pour s’assurer du consentement et le caractère raisonnable de ces mesures doit être apprécié eu égard aux circonstances dont il avait alors connaissance. L’analyse relative aux mesures raisonnables repose grandement sur les faits. Le juge du procès et le jury devraient aborder l’analyse relative aux mesures raisonnables en se concentrant sur l’objet et en n’oubliant pas que l’obligation relative aux mesures raisonnables confirme que l’accusé ne saurait assimiler le silence, la passivité et le comportement ambigu à la communication du consentement. Le juge du procès et le jury devraient se laisser guider par le besoin de protéger l’intégrité physique d’une personne, son autonomie sexuelle et sa dignité humaine. Les mesures qui reposent sur les mythes liés au viol ou sur les présomptions stéréotypées au sujet des femmes et du consentement n’ont aucunement un caractère raisonnable.

Il faut établir une distinction entre la notion de mesures raisonnables pour s’assurer du consentement au sens de l’al. 273.2b) du *Code criminel* et la notion de motifs raisonnables pour étayer la croyance sincère au consentement au sens du par. 265(4). Lorsque l’accusé est inculqué d’une forme quelconque de voies de fait, la présence ou l’absence de motifs raisonnables constitue simplement un facteur à prendre en considération dans l’appréciation, conformément au par. 265(4), de la sincérité de la croyance au consentement manifestée par l’accusé. En revanche, lorsque l’accusé est inculqué d’agression sexuelle en vertu des art. 271, 272 ou 273, l’omission de prendre les mesures raisonnables est fatale à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué selon l’al. 273.2b). Dans le contexte d’une accusation fondée sur les art. 271, 272, ou 273 où l’accusé affirme avoir eu une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, s’il n’existe aucun élément de preuve permettant au juge des faits de conclure que l’accusé a pris des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement ou si le ministère public prouve hors de tout

in consent under s. 265(4), since the accused would be legally barred from raising the defence due to the operation of s. 273.2(b).

An accused who wishes to rely on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent must first demonstrate that there is an air of reality to the defence. If there is no evidence upon which the trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent, then the defence of honest but mistaken belief in communicated consent has no air of reality and must not be left with the jury. By contrast, if there is an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, including the reasonable steps requirement, then the defence should be left with the jury. The onus would then shift to the Crown to negate the defence, which could be achieved by proving beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps. Where the Crown does not prove beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps, that does not lead automatically to an acquittal. In those circumstances, the trial judge should instruct the jury that they are required, as a matter of law, to go on to consider whether the Crown has nonetheless proven beyond a reasonable doubt that the accused did not have an honest but mistaken belief in communicated consent. This requirement flows from the fact that the defence is ultimately one of an honest but mistaken belief in communicated consent, not one of reasonable steps. Ultimately, if the Crown fails to disprove the defence beyond a reasonable doubt, then the accused would be entitled to an acquittal.

C. Application

(1) Applicability of the Section 276 Regime

In this case, while the Crown did not object to the accused's testimony about the deceased's prior sexual activity, its failure to do so was not fatal. The ultimate responsibility for enforcing compliance with the mandatory s. 276 regime lies squarely with the trial judge, not with the Crown. It is also plain that the proceeding implicated an offence listed in s. 276(1) because the offence charged in this case, first degree murder, was premised on sexual assault with a weapon, which is an offence listed in s. 276(1). It follows that the s. 276 regime was engaged. Furthermore, the limited information conveyed in the

doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris les mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, il n'y a pas lieu de prendre en considération la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui d'une croyance sincère au consentement en vertu du par. 265(4), car l'accusé ne peut pas évoquer ce moyen de défense en raison de l'application de l'al. 273.2b).

L'accusé qui souhaite invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué doit d'abord démontrer la vraisemblance de celle-ci. S'il n'y a pas de preuve qui permette au juge des faits de conclure que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est dépourvue de vraisemblance et ne doit pas être laissée à l'appréciation du jury. En revanche, si la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué a une certaine vraisemblance, y compris en ce qui a trait à l'obligation relative aux mesures raisonnables, il convient de laisser cette défense à l'appréciation du jury. Il incomberait alors au ministère public de réfuter cette défense, en établissant hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables. Si le ministère public ne parvient pas à faire cette démonstration hors de tout doute raisonnable, cela n'entraîne pas forcément un verdict d'acquiescement. En pareil cas, le juge du procès devrait expliquer aux jurés qu'il leur appartient, en droit, de se demander si le ministère public a néanmoins établi hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Cette exigence découle du fait que la défense en question porte en définitive sur une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, non sur les mesures raisonnables. Au bout du compte, si le ministère public ne réussit pas à réfuter la défense hors de tout doute raisonnable, l'accusé aura alors droit à un acquiescement.

C. Application

(1) L'applicabilité du régime de l'art. 276

En l'espèce, le ministère public ne s'est pas opposé au témoignage de l'accusé à propos du comportement sexuel antérieur de la défunte, mais son omission n'était pas fatale. C'est au juge du procès qu'il revient en définitive de faire respecter le régime obligatoire de l'art. 276, et non au ministère public. Il est aussi manifeste que la poursuite porte sur une infraction énumérée au par. 276(1) parce que l'infraction reprochée en l'espèce, le meurtre au premier degré, découlait d'une agression sexuelle armée, soit une des infractions énumérées au par. 276(1). Il s'ensuit que le régime de l'art. 276 entraine en jeu. De plus, le peu

Crown's opening address did not exclude the application of s. 276(2) to the accused's detailed testimony about the deceased's sexual activity on the night before her death, which went well beyond the basic narrative recounted by the Crown. Therefore, before adducing evidence of the deceased's sexual activity on the night before her death, the procedural requirements under s. 276 should have been observed, and if any of the evidence was deemed admissible, a careful limiting instruction by the trial judge was essential to instruct the jury on the permissible and impermissible uses of that evidence.

(2) Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent

At trial, the accused relied on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, and his testimony about the deceased's prior sexual activities featured prominently in his defence. The trial judge erred by failing to inoculate the jury against mistakes of law masquerading as mistakes of fact, as the accused's defence raised the spectre of several mistakes of law: a belief that the absence of signs of disagreement could be substituted for affirmative communication of consent; a belief that prior similar sexual activities between the accused and the deceased, the deceased's status as a sex worker, or the accused's own speculation about what was going through the deceased's mind could be substituted for communicated consent to the sexual activity in question at the time; a belief that the deceased could give broad advance consent to whatever the accused wanted to do to her; and the inference that the deceased's past sexual activities, by reason of their sexual nature, may make it more likely that she consented to the sexual activity in question. It was incumbent on the trial judge to caution the jury against acting on these mistakes of law. The absence of such an instruction had an immediate impact on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, as it allowed the defence to proceed while these mistakes of law were left unaddressed, thereby leaving the jurors without the necessary tools to engage in a proper analysis. This error was inextricably linked to the failure to hold a s. 276 hearing, which would have subjected the admissibility and permissible uses of the evidence of the deceased's prior sexual history to rigorous scrutiny and assisted in filtering out the mistakes of law raised by the accused's defence.

d'information véhiculée par le ministère public dans son exposé introductif n'a pas eu pour effet d'écartier l'application du par. 276(2) au témoignage détaillé de l'accusé au sujet de l'activité sexuelle à laquelle s'était livrée la défunte la veille de sa mort, témoignage qui est allé bien au-delà de l'exposé des faits essentiels présenté par le ministère public. Par conséquent, avant de présenter une preuve concernant le comportement sexuel de la défunte la veille de sa mort, les exigences procédurales prévues à l'art. 276 auraient dû être respectées, et si tout ou partie de la preuve était admissible, une directive restrictive minutieuse était nécessaire pour guider le jury quant à l'utilisation que celui-ci pouvait faire ou non de cette preuve.

(2) Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué

Au procès, l'accusé a invoqué la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, et son témoignage au sujet des activités sexuelles antérieures de la défunte a occupé une place importante dans sa défense. Le juge du procès a commis une erreur en ne mettant pas le jury à l'abri des erreurs de droit déguisées en erreurs de fait, car la défense de l'accusé évoquait le spectre de plusieurs erreurs de droit : la croyance que l'absence de signes de désaccord pouvait se substituer à la communication positive du consentement; la croyance que les activités sexuelles antérieures similaires entre l'accusé et la défunte, le statut de travailleuse du sexe de la défunte ou la propre hypothèse formulée par l'accusé selon laquelle ce que pensait la défunte pouvaient se substituer au consentement communiqué à l'activité sexuelle au moment où elle a eu lieu; le fait de croire que la plaignante pouvait donner à l'avance un consentement général à tout ce que l'accusé voulait lui faire; et la déduction que la plaignante est plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en question en raison de ses activités sexuelles antérieures et du caractère sexuel de celles-ci. Il incombait au juge du procès de mettre en garde le jury contre le fait de s'appuyer sur ces erreurs de droit. L'absence de directive en ce sens a eu un effet immédiat sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, car elle a permis au moyen de défense de faire son chemin sans que ces erreurs de droit ne soient corrigées, privant ainsi les jurés des outils dont ils avaient besoin pour procéder à une analyse appropriée. Cette erreur était inextricablement liée à l'omission de tenir une audition en application de l'art. 276, qui aurait donné lieu à un examen rigoureux de l'admissibilité et des utilisations permises de la preuve relative au comportement sexuel antérieur de la défunte et permis d'éliminer les erreurs de droit que soulevait le moyen de défense de l'accusé.

(3) Instructions on Motive

Where motive does not form an essential element of the offence, the necessity of charging a jury on the subject depends upon the course of the trial and the nature and probative value of the evidence adduced. In this case, motive was a relevant consideration bearing upon whether the accused intended to seriously harm or kill the deceased, which would go to the fault element for murder. However, the Crown led no evidence of motive. Since there was neither a proven motive nor a proven absence of motive, it fell within the trial judge's substantial discretion to charge on motive. Further, the charge was not so unbalanced as to amount to misdirection.

(4) Instructions on the Objective Fault Element of Unlawful Act Manslaughter

The fault element of unlawful act manslaughter consists of objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act. At trial, the defence conceded that the act in question was dangerous, and the Crown accepted that it would be appropriate to instruct the jury that if they were satisfied that the accused committed an unlawful act, then it was implicit that the act was dangerous. In addition, the Crown agreed to the request of the defence that the language of objectively foreseeable bodily harm be removed from the charge. On appeal, the Crown reversed its position, arguing that the instructions on dangerousness were deficient and the trial judge's failure to refer to the objective fault element of unlawful act manslaughter unfairly minimized its expert evidence. The Court of Appeal accepted the Crown's position on appeal. However, it should not have done so, as the Crown had to live with the decision it made at trial.

(5) Instructions on After-the-Fact Conduct

In light of procedural fairness concerns — namely, the Crown's limited right to appeal an acquittal and the requirements that must be observed by appellate courts when raising new issues — the Court of Appeal should not have ordered a new trial on the issue of after-the-fact conduct evidence. The Crown was actively involved in

(3) Les directives sur le mobile

Lorsque le mobile ne constitue pas un élément essentiel de l'infraction, la nécessité de donner des directives au jury sur la question dépend du cours du procès et de la nature et de la valeur probante de la preuve. En l'espèce, le mobile était un facteur pertinent ayant une incidence sur la question de savoir si l'accusé avait l'intention de causer des blessures graves à la défunte ou de la tuer, une question qui touche l'élément de faute de l'infraction de meurtre. Cependant, le ministère public n'a présenté aucune preuve de mobile. Étant donné qu'il n'y avait ni preuve de mobile ni preuve de l'absence de mobile, la décision de donner des directives sur le mobile relevait du large pouvoir discrétionnaire du juge du procès. De plus, l'exposé au jury sur le mobile n'était pas si peu équilibré qu'il constituait une directive erronée.

(4) Les directives sur l'élément de faute objective de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal

L'élément de faute de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal s'entend de la prévisibilité objective (dans le contexte d'un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. Au procès, la défense a concédé que l'acte était dangereux, et le ministère public a reconnu qu'il conviendrait d'indiquer aux jurés que, s'ils étaient convaincus que l'accusé a commis un acte illégal, l'acte était implicitement dangereux. En outre, le ministère public a accepté la demande de la défense que les mots « lésions corporelles objectivement prévisibles » soient retirés de l'exposé. En appel, le ministère public est revenu sur sa position, faisant valoir que les directives quant au caractère dangereux étaient lacunaires et que l'omission du juge du procès de mentionner l'élément de faute objective de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal réduisait l'effet de sa preuve d'expert. La Cour d'appel a souscrit à la position du ministère public en appel, mais elle n'aurait pas dû le faire, parce que le ministère public devait composer avec la décision qu'il avait prise au procès.

(5) Les directives relatives au comportement après le fait

Étant donné les soucis relatifs à l'équité procédurale — à savoir le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement et les exigences auxquelles doivent satisfaire les cours d'appel lorsqu'elles soulèvent de nouvelles questions — la Cour d'appel n'aurait pas dû ordonner la tenue d'un nouveau procès sur la question du

drafting the jury charge, and at no point did it request a specific instruction directing the jury to consider the accused's after-the-fact conduct in assessing his credibility. Further, although the Court of Appeal notified the parties at the outset of the hearing that it would raise new issues, it did not specify the precise nature of those issues or indicate whether one or more could result in the accused's acquittal being set aside. It also allowed the Crown to advance certain arguments on after-the-fact conduct for the first time in reply submissions, and at the end of the hearing the court indicated that there was no need for further written argument. Lastly, though it is not necessary to finally decide the issue, there is reason to be skeptical of the Crown's argument that the trial judge's instructions on after-the-fact conduct were so defective as to amount to reversible error. When read fairly and as a whole, the trial judge's charge on after-the-fact conduct adequately, albeit imperfectly, conveyed to the jury that they could consider the accused's after-the-fact conduct in assessing guilt and equipped them to do so.

(6) Instructions on the Defence of Accident

The term “accident” is used to signal one or both of the following: (1) that the act in question was involuntary (i.e., non-volitional), thereby negating the *actus reus* of the offence; or (2) that the accused did not have the requisite *mens rea*. In assessing whether a claim of “accident” may negate *mens rea* in any particular case, it is obviously essential to consider what the relevant *mens rea* requirement is in the first place. In carrying out this inquiry, it must be kept in mind that *mens rea* requirements vary and include, for example: (1) a subjective intention to bring about a prohibited consequence; (2) a subjective awareness of prohibited circumstances; and (3) objective fault. Where the offence charged requires proof of subjective intent to bring about a particular consequence, the claim that the accused did not intend to bring about that consequence, making it a mere accident, is legally relevant, as it could negate the *mens rea* required for a conviction. By contrast, where the offence only requires a subjective awareness of particular circumstances, an accused's claim that the consequences of his act were unintentional and unexpected, making those consequences a mere accident, is naturally of no assistance. Finally, if the offence requires proof of objective fault — for instance, that the prohibited consequence was

comportement après le fait. Le ministère public a participé activement à la rédaction de l'exposé au jury, et il n'a jamais demandé de directive précise intimant au jury de tenir compte du comportement de l'accusé après le fait pour apprécier sa crédibilité. De plus, bien que la Cour d'appel ait avisé les parties à l'ouverture de l'audience qu'elle entendait soulever de nouvelles questions, elle n'a pas précisé la nature de ces questions ni indiqué si une ou plusieurs d'entre elles pouvaient entraîner l'annulation de l'acquiescement de l'accusé. Elle a également autorisé le ministère public à faire valoir pour la première fois certains arguments sur le comportement après le fait dans des observations en réponse et, à la fin de l'audience, la cour a indiqué qu'une argumentation écrite supplémentaire n'était pas nécessaire. Enfin, bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher la question de façon définitive, il y a lieu d'avoir des doutes à propos de l'argument du ministère public selon lequel les directives du juge du procès relatives au comportement après le fait étaient défectueuses au point de constituer une erreur justifiant l'infirmité du verdict. Interprété équitablement dans son ensemble, l'exposé du juge du procès sur le comportement après le fait explique adéquatement au jury, quoique de manière imparfaite, qu'ils peuvent tenir compte de la conduite de l'accusé après le fait dans l'examen de sa culpabilité et leur donne les outils dont ils ont besoin pour le faire.

(6) Les instructions relatives à la défense d'accident

Le terme « accident » est employé pour indiquer : (1) que l'acte en question était involontaire (c.-à-d. non volontif), l'*actus reus* de l'infraction étant ainsi écarté; ou (2) que l'accusé n'avait pas la *mens rea* requise. Pour déterminer si une allégation d'« accident » peut écartier la *mens rea* dans une affaire donnée, il est évidemment essentiel de se demander en premier lieu quelle est l'exigence de *mens rea* applicable. En procédant à cet examen, il faut se rappeler que les exigences de *mens rea* varient et comprennent, par exemple : (1) l'intention subjective que s'ensuive une conséquence prohibée; (2) la conscience subjective de circonstances prohibées; et (3) la faute objective. Lorsque l'infraction reprochée exige la preuve de l'intention subjective que s'ensuive une conséquence donnée, l'allégation selon laquelle l'accusé n'avait pas l'intention de causer cette conséquence, faisant de celle-ci un simple accident, est pertinente en droit, car elle pourrait écartier la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité. En revanche, lorsque l'infraction n'exige que la conscience subjective de circonstances données, l'allégation de l'accusé selon laquelle les conséquences de son acte étaient involontaires et inattendues, faisant de ces conséquences un simple accident, n'est naturellement

objectively foreseeable — then a claim of accident could negate that fault element if the prohibited consequence was such a chance occurrence that the trier of fact is left in a state of reasonable doubt as to whether, objectively, it was foreseeable. To avoid confusion in future cases, trial judges should focus on the questions of voluntariness and/or negation of *mens rea*, as appropriate, when instructing jurors on the so-called “defence” of “accident”.

(7) Instructions Addressing Prejudice Against Indigenous Women and Girls in Sexual Assault Cases

There is no denying that Indigenous people — in particular Indigenous women, girls, and sex workers — have endured serious injustices, including high rates of sexual violence. Furthermore, the Court has acknowledged on several occasions the detrimental effects of widespread racism against Indigenous people within our criminal justice system. With this in mind, our criminal justice system and all participants within it should take reasonable steps to address systemic biases, prejudices, and stereotypes against Indigenous women and sex workers. As an additional safeguard going forward, in sexual assault cases where the complainant is an Indigenous woman or girl, trial judges would be well advised to provide an express instruction aimed at countering prejudice against Indigenous women and girls. However, any such instruction must not privilege the rights of the complainant over those of the accused. The objective would be to identify specific biases, prejudices, and stereotypes that may reasonably be expected to arise in the particular case and attempt to remove them from the jury’s deliberative process in a fair, balanced way, without prejudicing the accused.

(8) New Trial

Applying the test set out in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, a new trial on unlawful act manslaughter is warranted. The failure to implement the s. 276 regime carried a significant risk that the jury would, whether consciously or unconsciously, engage in impermissible forms of reasoning on the central questions of whether the deceased subjectively consented to the sexual activity in question and, if not, whether the accused honestly but

pas utile. Enfin, si l’infraction exige la preuve d’une faute objective — par exemple, la preuve que la conséquence prohibée était objectivement prévisible — alors l’allégation d’accident pourrait écarter cet élément de faute si la conséquence prohibée est si fortuite qu’elle suscite dans l’esprit du juge des faits un doute raisonnable quant à savoir si, objectivement, elle était prévisible. Pour éviter toute confusion dans les affaires à venir, les juges de première instance devraient mettre l’accent sur les questions liées au caractère volontaire ou sur l’écartement de la *mens rea*, selon le cas, lorsqu’ils donnent des directives aux jurés sur la prétendue « défense d’accident ».

(7) Les directives relatives aux préjugés contre les femmes et les filles autochtones dans les affaires d’agression sexuelle

On ne saurait nier que les Autochtones — et plus particulièrement les femmes, les filles et les travailleuses du sexe autochtones — ont vécu de graves injustices, notamment des taux élevés de violence sexuelle. De plus, la Cour a reconnu plusieurs fois les effets préjudiciables du racisme largement répandu dont sont victimes les Autochtones dans notre système de justice pénale. Dans cette optique, notre système de justice pénale et tous ceux qui y participent doivent prendre des mesures raisonnables pour s’attaquer de front aux partis pris, aux préjugés et aux stéréotypes systémiques dont sont victimes les femmes et les travailleuses du sexe autochtones. En vue de fournir une garantie supplémentaire à l’avenir dans les affaires d’agression sexuelle où la plaignante est une femme ou une fille autochtone, les juges de première instance seraient bien avisés de donner une directive expresse visant à contrecarrer les préjugés contre les femmes et les filles autochtones. Toute directive de ce genre ne doit cependant pas privilégier les droits de la plaignante au détriment de ceux de l’accusé. L’objectif consiste plutôt à relever les partis pris, les préjugés et les stéréotypes précis auxquels on peut raisonnablement s’attendre dans une affaire donnée et de tenter de les évacuer du processus de délibération des jurés d’une manière équitable et équilibrée, et sans porter préjudice à l’accusé.

(8) Le nouveau procès

Si l’on applique le critère énoncé dans *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, la tenue d’un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est justifiée. L’omission d’appliquer le régime prévu par l’art. 276 risquait grandement d’amener les jurés à adopter, consciemment ou non, des formes inadmissibles de raisonnement sur les questions cruciales de savoir si la défunte avait consenti subjectivement à

mistakenly believed she communicated her consent to that sexual activity at the time it occurred. The trial judge's failure to implement the s. 276 regime was exacerbated by, and was inseparable from, the failure to caution the jury against mistakes of law masquerading as mistakes of fact when considering the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. It can reasonably be thought that the trial judge's errors had a material bearing on the accused's acquittal for unlawful act manslaughter, and therefore a new trial should be ordered on that offence.

However, a new trial on first degree murder is not warranted. The Crown's case on first degree murder turned primarily on its expert evidence that the deceased's fatal wound was a cut. Evidently, the jury was not persuaded. Moreover, the Crown provided no plausible explanation for how the jury could have used prior sexual activity evidence to improperly reason its way through the first degree murder charge. Furthermore, the Crown acknowledged in the court below that the only ground of appeal implicating the murder charge was the motive issue. However, the motive instructions were not tainted by reversible error. Finally, there was a simple and obvious explanation for why the jury unanimously acquitted the accused of murder that does not require the Court to speculate about the potential influence of conscious or unconscious bias: the Crown's theory simply did not hold up under scrutiny.

Per Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting in part): Section 276 makes evidence of a complainant's prior sexual activity inadmissible unless the accused complies with the criteria and procedures set out in ss. 276, 276.1 and 276.2. In this case, the trial judge permitted the accused to lead such evidence without following the procedure required by s. 276, thereby allowing him to make unrestricted reference to the victim's sexual history. He also failed to give the jurors any kind of limiting instruction to advise them that such evidence could not be used to show that the victim was more likely to have consented. All of this was compounded by the fact that the trial judge permitted, on dozens of occasions, the deceased to be referred to as a Native prostitute without providing any instruction to guard against potential prejudicial reasoning based on these descriptions. There was thus no filter for the victim's prior sexual history and no specific warning to the jury to avoid drawing prejudicial and stereotypical

l'activité sexuelle et, dans la négative, si l'accusé avait cru sincèrement mais à tort qu'elle avait communiqué son consentement à cette activité sexuelle au moment où elle avait eu lieu. L'omission du juge du procès d'appliquer le régime prévu par l'art. 276 a été aggravée, sans pouvoir en être dissociée, par le défaut de mettre le jury en garde contre les erreurs de droit déguisées en erreurs de fait au moment d'examiner la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Il est raisonnable de penser que les erreurs du juge du procès ont eu une incidence significative sur l'acquiescement de l'accusé à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, et qu'il convient donc d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour cette infraction.

Par contre, la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré n'est pas justifiée. La thèse de meurtre du ministère public reposait principalement sur sa preuve d'expert selon laquelle la blessure mortelle de la défunte était une coupure. De toute évidence, le jury n'en a pas été convaincu. En outre, le ministère public n'a fourni aucune explication plausible quant à la façon dont le jury aurait pu utiliser la preuve relative au comportement sexuel antérieur pour en arriver à une réflexion irrégulière sur l'accusation de meurtre au premier degré. Qui plus est, le ministère public a reconnu en appel que le seul moyen d'appel touchant l'accusation de meurtre était la question du mobile. Or, les directives sur le mobile n'étaient entachées d'aucune erreur justifiant l'infirmité du verdict. En dernier lieu, il y a une raison simple et évidente qui explique pourquoi le jury a acquitté unanimement l'accusé de meurtre sans que la Cour n'ait à conjecturer l'influence possible d'un parti pris conscient ou non : la théorie du ministère public n'a tout simplement pas résisté à l'analyse.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis (dissidents en partie) : L'article 276 dispose qu'est inadmissible la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant sauf si l'accusé respecte les critères et procédures énoncés aux art. 276, 276.1 et 276.2. En l'espèce, le juge du procès a autorisé l'accusé à présenter une preuve de ce genre sans suivre la procédure établie par l'art. 276, lui permettant ainsi d'invoquer sans restriction les antécédents sexuels de la victime. Il a aussi omis de fournir aux jurés des directives restrictives pour les informer que ce type de preuve ne pouvait être utilisé pour démontrer que la victime était plus susceptible d'avoir donné son consentement. Tout cela a été amplifié par le fait que le juge du procès a permis à des dizaines de reprises que l'on qualifie la défunte de « Native » et de « prostituée » sans donner aux jurés de directive pour les mettre en garde contre le risque d'adopter un raisonnement préjudiciable sur la base de ces qualificatifs. Il n'y avait donc aucun filtre

assumptions about Indigenous women working in the sex trade. This left the jury with an essentially unchallenged version of the accused's interactions with the victim. The trial judge failed to appreciate that the victim's prior sexual conduct, occupation and race required the jury to be specifically alerted to the dangers of discriminatory attitudes toward Indigenous women, particularly those working in the sex trade. He provided no specific instructions crafted to confront the operative social and racial bias potentially at work. This rendered the whole trial unfair.

The devastatingly prejudicial effects of this error cannot be said to be confined to the included offence of manslaughter, but may also have had a material bearing on the jury's reasoning on the charge of first degree murder. The prejudicial impact of the accused's detailed testimony — without either the screening required by s. 276 or any limiting instructions — necessarily infected the whole trial and the entirety of the jury's fact-finding process. Indeed, the jury's portrait of the victim was painted almost exclusively through the accused's testimony, which meant that there was a significant possibility that the jury's entire deliberations would have been based on fundamentally flawed — and prohibited — legal premises.

The potential for prejudicial reasoning was further exacerbated by the repeated description of the victim as a "prostitute", and as a "Native", without any limiting instruction from the trial judge. Specific safeguards are required in jury trials to prevent the systemic biases that can affect jury deliberations. Trial judges have an important role to play in instructing juries so that they can recognize and set aside racial and other biases, including those against Indigenous peoples and sex trade workers. Acknowledging, as this Court has for the last two decades, that racial prejudice is a social fact not capable of reasonable dispute, is not an insult to the jury system, it is a wake-up call to trial judges to be acutely attentive to the undisputed reality of pervasive prejudice and to provide the jury instructions required by law. Not only did that not happen here, the opposite occurred: inflammatory terminology was frequent, and was gratuitously used without any corrective intervention by the trial judge.

pour les antécédents sexuels de la victime et le jury n'a pas reçu d'avertissement précis de ne pas se fonder sur des présomptions préjudiciables et stéréotypées au sujet des femmes autochtones qui travaillent dans le commerce du sexe. Le jury disposait donc d'une version essentiellement non contestée des rapports de l'accusé avec la victime. Le juge du procès ne s'est pas rendu compte qu'en raison du comportement sexuel antérieur, de la profession et de la race de la victime, il fallait renseigner expressément le jury sur les dangers que présentent les attitudes discriminatoires envers les femmes autochtones, tout particulièrement celles qui travaillent dans le commerce du sexe. Il n'a fourni aucune directive conçue précisément pour mettre au jour les préjugés sociaux et raciaux susceptibles d'opérer, ce qui a rendu tout le procès inéquitable.

On ne saurait affirmer que les effets préjudiciables dévastateurs de cette erreur se limitent à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable; ils ont peut-être eu aussi une incidence significative sur le raisonnement du jury quant à l'accusation de meurtre au premier degré. L'incidence préjudiciable du témoignage détaillé de l'accusé — sans le filtrage qu'exige l'art. 276 ou sans directive restrictive — a nécessairement contaminé l'ensemble du procès et toute la recherche des faits du jury. En effet, le jury a dressé un portrait de la victime en se fondant presque exclusivement sur le témoignage de l'accusé, ce qui signifie qu'il est fort probable que l'ensemble de ses délibérations ait reposé sur des prémisses juridiques fondamentalement erronées et interdites.

La possibilité d'un raisonnement préjudiciable a été exacerbée davantage par le fait que la victime a été décrite à plusieurs reprises comme une « prostituée » et une « Native », sans aucune directive restrictive du juge du procès. Certaines garanties s'imposent dans les procès devant jury pour prévenir les préjugés systémiques qui peuvent nuire aux délibérations du jury. Les juges de première instance ont un rôle important à jouer : ils donnent des directives aux jurés pour leur permettre de reconnaître et de mettre de côté les préjugés raciaux et autres, notamment ceux contre les Autochtones et les travailleurs du sexe. Reconnaître, comme l'a fait notre Cour depuis les deux dernières décennies, que le préjugé racial est un fait social qui ne peut raisonnablement être contesté n'est pas une insulte envers l'institution du jury, c'est un avertissement aux juges de première instance d'être très attentifs à la réalité non contestée du préjugé omniprésent et de donner au jury les directives qu'exige le droit. Non seulement cela n'est-il pas arrivé en l'espèce, mais l'inverse s'est produit : des termes incendiaires ont été utilisés de manière fréquente et gratuite sans que le juge du procès ne prenne de mesures correctives.

In summary, the trial judge's failure to apply the requirements in s. 276 created a significant risk that the evidence of the victim's prior sexual conduct not only tainted the jury's perception of her character and conduct, but also fundamentally affected the factual foundation upon which their deliberations were based. This error permeated the entire trial and may have had a material bearing on the jury's deliberations, affecting their verdicts for both murder and manslaughter. Given the prejudicial impact of these references, and the risk that they would affect the jury's assessment of the victim and the accused's credibility, it is difficult to see how it is realistically possible to conclude that their effect was confined to the jury's verdict on manslaughter. The risk of harmful effects on the jury's deliberations on murder would have been no less profound. When a trial with intimately connected issues, such as this one, is riddled with highly prejudicial testimony, it affects the very foundations of a jury's fact-finding function and decision making.

In addition, the trial judge's error in the instruction on after-the-fact-conduct is significant. In his own testimony, the accused admitted to lying, disposing of evidence and providing contradictory exculpatory explanations to numerous people after the victim's death. It was open to the jury to conclude that additional incriminating after-the-fact conduct evidence came from the hotel video camera footage, physical evidence found by the police, and the testimony of numerous individuals. The accused did not call 911 immediately after finding the victim in the bathtub. Instead there was evidence that he attempted to erase his link to the scene by attempting to clean the bathroom, rearranging the bedding, putting his belongings in his van, checking out of the hotel room, and that he attempted to conceal and destroy evidence by throwing the bloody towel he had used to wipe the victim's blood from his feet and the bathroom floor into a garbage can in the parking lot of the hotel. He also concocted and fabricated multiple stories and excuses. There is a strong possibility that, properly instructed, it would have had a material bearing on the jury's assessment of the accused's testimony and, ultimately, its verdict.

En résumé, le non-respect par le juge du procès des exigences prévues à l'art. 276 a créé un risque important que la preuve relative au comportement sexuel antérieur de la victime entache la perception que le jury avait de sa personnalité et de sa conduite en plus de nuire fondamentalement au fondement factuel sur lequel reposaient les délibérations du jury. Cette erreur a imprégné l'ensemble du procès et a peut-être eu une incidence significative sur les délibérations du jury, influant par le fait même sur son verdict concernant les accusations de meurtre et d'homicide involontaire coupable. Étant donné l'effet préjudiciable des termes employés et le risque qu'ils nuisent à l'évaluation par le jury de la crédibilité de la victime et de l'accusé, il est difficile de voir comment il est possible de conclure que leur effet se limitait au verdict du jury sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. Le risque d'effet préjudiciable sur les délibérations du jury relativement à l'accusation de meurtre n'en aurait pas été moins grand. Lorsqu'un procès met en cause des questions étroitement liées, comme c'est le cas en l'espèce, et qu'il est truffé de témoignages hautement préjudiciables, cela affaiblit les bases mêmes de la fonction de recherche des faits et du processus décisionnel du jury.

De plus, l'erreur qu'a commise le juge du procès dans la directive sur le comportement après le fait est importante. Dans son propre témoignage, l'accusé a avoué avoir menti, s'être débarrassé d'éléments de preuve et avoir fourni des explications disculpatoires contradictoires à de nombreuses personnes après la mort de la victime. Il était loisible au jury de conclure que d'autres éléments de preuve incriminants relatifs à son comportement après le fait provenaient d'une vidéo captée par la caméra de l'hôtel, des éléments de preuve matérielle trouvés par la police et du témoignage de nombreuses personnes. L'accusé n'a pas appelé le 911 immédiatement après avoir trouvé la victime dans la baignoire. Certains éléments de preuve démontrent plutôt qu'il a essayé d'effacer les traces de sa présence sur les lieux en tentant de nettoyer la salle de bain, en refaisant le lit, en mettant ses effets personnels dans sa fourgonnette et en réglant les formalités de départ de l'hôtel. Il a aussi essayé de cacher et de détruire des éléments de preuve en jetant dans une poubelle du stationnement de l'hôtel la serviette trempée de sang dont il s'était servi pour essuyer le sang de la victime qui se trouvait sur ses pieds et sur le plancher de la salle de bain. Il a également inventé de multiples histoires et excuses. Il est fort probable que si le jury avait reçu des directives appropriées, le comportement aurait eu une incidence significative sur son évaluation du témoignage de l'accusé et, en fin de compte, sur son verdict.

Instead, the jury was given contradictory and confusing directions. In effect, the trial judge did not leave it open to the jury to consider the impact of the after-the-fact conduct evidence, such as the admitted exculpatory lies the accused told after the victim's death, except when such evidence favoured an acquittal.

Juries, although expected to apply common sense, are above all expected to follow the instructions given by the trial judge. Where those instructions are confusing and contradictory, there is no roadmap for common sense to follow.

Cases Cited

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Varga* (1994), 180 O.R. (3d) 784; *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350; *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523; *R. v. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Boone*, 2016 ONCA 227, 347 O.A.C. 250; *R. v. W.H.*, 2015 ONSC 3087; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3; *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117; *R. v. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1, aff'd 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Gagnon*, 2018 SCC 41, [2018] 3 S.C.R. 3; *R. v. Despina*, 2007 SKCA 119, 228 C.C.C. (3d) 475; *R. v. Dippel*, 2011 ABCA 129, 281 C.C.C. (3d) 33; *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 368 D.L.R. (4th) 393, aff'd 2014 SCC 14, [2014] 1 S.C.R. 270; *Lewis v.*

Le jury a plutôt reçu des directives contradictoires et portant à confusion. Dans les faits, le juge du procès n'a pas laissé au jury le choix de tenir compte de l'incidence du comportement après le fait, comme les mensonges disculpatoires que l'accusé a avoué avoir racontés après la mort de la victime, sauf lorsque ces éléments de preuve favorisaient un acquittement.

Bien que l'on s'attende à ce qu'ils fassent preuve de bon sens, les jurés doivent d'abord et avant tout suivre les directives que leur donne le juge du procès. Si ces directives portent à confusion et sont contradictoires, il n'y a pas de marche à suivre pour faire preuve de bon sens.

Jurisprudence

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Varga* (1994), 180 O.R. (3d) 784; *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350; *Savard c. The King*, [1946] R.C.S. 20; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523; *R. c. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Boone*, 2016 ONCA 227, 347 O.A.C. 250; *R. c. W.H.*, 2015 ONSC 3087; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3; *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *R. c. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117; *R. c. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1, conf. par 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Gagnon*, 2018 CSC 41, [2018] 3 R.C.S. 3; *R. c. Despina*, 2007 SKCA 119, 228 C.C.C. (3d) 475; *R. c. Dippel*, 2011 ABCA 129, 281 C.C.C. (3d) 33; *R. c. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 368 D.L.R. (4th) 393, conf. par 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270;

The Queen, [1979] 2 S.C.R. 821; *R. v. McMaster* (1998), 37 O.R. (3d) 543; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Bouchard*, 2013 ONCA 791, 314 O.A.C. 113, aff'd 2014 SCC 64, [2014] 3 S.C.R. 283; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *R. v. Zhao*, 2013 ONCA 293, 305 O.A.C. 290; *R. v. Quashie* (2005), 198 C.C.C. (3d) 337; *R. v. Nelson*, 2014 ONCA 853, 318 C.C.C. (3d) 476; *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760; *R. v. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63; *R. v. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41; *R. v. Primeau*, 2017 QCCA 1394, 41 C.R. (7th) 22; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165; *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396.

By Abella and Karakatsanis JJ. (dissenting in part)

R. v. Graveline, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128; *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72; *R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26; *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689; *R. v. Suter*, 2018 SCC 34, [2018] 2 S.C.R. 496.

Statutes and Regulations Cited

Act to Amend the Criminal Code (sexual assault), S.C. 1992, c. 38.
 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), (h), 15.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 19, 150.1(4), 222(5)(a), 231(5)(c), 234, 235, 265(2), (4), 271, 272, 273, 273.1(1), (2), (3), 273.2 [ad. 1992, c. 38, s. 1], 276, 276.1 to 276.4.

Authors Cited

Anderson, Michelle J. “Time to Reform Rape Shields Laws: Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armour” (2004), 19 *Crim. Just.* 14.

Lewis c. La Reine, [1979] 2 R.C.S. 821; *R. c. McMaster* (1998), 37 O.R. (3d) 543; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Bouchard*, 2013 ONCA 791, 314 O.A.C. 113, conf. par 2014 CSC 64, [2014] 3 R.C.S. 283; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *R. c. Zhao*, 2013 ONCA 293, 305 O.A.C. 290; *R. c. Quashie* (2005), 198 C.C.C. (3d) 337; *R. c. Nelson*, 2014 ONCA 853, 318 C.C.C. (3d) 476; *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760; *R. c. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63; *R. c. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41; *R. c. Primeau*, 2017 QCCA 1394, 41 C.R. (7th) 22; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165; *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396.

Citée par les juges Abella et Karakatsanis (dissidentes en partie)

R. c. Graveline, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128; *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72; *R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26; *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d), (h), 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 19, 150.1(4), 222(5)(a), 231(5)(c), 234, 235, 265(2), (4), 271, 272, 273, 273.1(1), (2), (3), 273.2 [aj. 1992, c. 38, art. 1], 276, 276.1 à 276.4.
Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle), L.C. 1992, c. 38.
 Projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice en apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2018.

Doctrine et autres documents cités

Anderson, Michelle J. « Time to Reform Rape Shields Laws : Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armour » (2004), 19 *Crim. Just.* 14.

- Benedet, Janine. “Marital Rape, Polygamy, and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?” (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 161.
- Benedet, Janine. “Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal: The Roots of *Ewanchuk* and the Unfinished Revolution” (2014), 52 *Alta. L. Rev.* 127.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 77, 1st Sess., 32nd Parl., April 22, 1982, at p. 77:29.
- Canada. National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls. Interim Report. *Our Women and Girls Are Sacred*. Vancouver: Privy Council, 2017.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2018, release 150).
- Jiwani, Yasmin, and Mary Lynn Young. “Missing and Murdered Women: Reproducing Marginality in News Discourse” (2006), 31 *Can. J. Commun.* 895.
- Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
- McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 5th ed., by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated 2018, release 5).
- Sheehy, Elizabeth A. “Judges and the Reasonable Steps Requirement: The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women”, in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada: Law, Legal Practice and Women’s Activism*. Ottawa: University of Ottawa Press, 2012.
- Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2018, release 32).
- Vandervort, Lucinda. “The Prejudicial Effects of ‘Reasonable Steps’ in Analysis of *Mens Rea* and Sexual Consent: Two Solutions” (2018), 55 *Alta. L. Rev.* 933.
- Benedet, Janine. « Marital Rape, Polygamy, and Prostitution : Trading Sex Equality for Agency and Choice? » (2013), 18 *R. études const.* 161.
- Benedet, Janine. « Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal : The Roots of *Ewanchuk* and the Unfinished Revolution » (2014), 52 *Alta. L. Rev.* 127.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n° 77, 1^{re} sess., 32^e lég., 22 avril 1982, p. 77:29.
- Canada. L’enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées. Rapport provisoire. *Nos femmes et nos filles sont sacrées*. Vancouver, Bureau du Conseil privé, 2017.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto, Butterworths, 1983.
- Ewaschuk, E. G. *Criminal Pleadings & Practice in Canada*, 2nd ed. Toronto, Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated December 2018, release 150).
- Jiwani, Yasmin, and Mary Lynn Young. « Missing and Murdered Women : Reproducing Marginality in News Discourse » (2006), 31 *Can. J. Commun.* 895.
- Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, 5th ed., by Morris Manning and Peter Sankoff, Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
- McWilliams’ Canadian Criminal Evidence*, 5th ed., by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto, Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated 2018, release 5).
- Sheehy, Elizabeth A. « Judges and the Reasonable Steps Requirement : The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women », in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women’s Activism*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2012.
- Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated December 2018, release 32).
- Vandervort, Lucinda. « The Prejudicial Effects of “Reasonable Steps” in Analysis of *Mens Rea* and Sexual Consent : Two Solutions » (2018), 55 *Alta. L. Rev.* 933.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Fraser C.J. and Watson and Martin J.J.A.), 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, 38 C.R. (7th) 316, 386 C.R.R. (2d) 104, 354 C.C.C. (3d) 245, [2017] A.J. No. 681 (QL), 2017 CarswellAlta 1167 (WL Can.), setting aside the acquittal of the accused and ordering a new trial. Appeal allowed in part, Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis J.J. dissenting in part.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson et Martin), 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1, 38 C.R. (7th) 316, 386 C.R.R. (2d) 104, 354 C.C.C. (3d) 245, [2017] A.J. No. 681 (QL), 2017 CarswellAlta 1167 (WL Can.), qui a annulé le verdict d’acquiescement prononcé en faveur de l’accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli en partie, le juge en chef Wagner et les juges Abella et Karakatsanis sont dissidents en partie.

Peter Sankoff, Dino Bottos, Jacqueline Petrie and Austin Corbett, for the appellant.

Joanne B. Dartana and Christine Rideout, for the respondent.

Jeffrey G. Johnston, for the intervener the Attorney General of Canada.

Christine Bartlett-Hughes, Benita Wassenaar and Kate Forget, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Andrej Skoko and Isabelle Doray, for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions.

Jennifer Mann and Renée Lagimodière, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Janine Benedet and Gwendoline Allison, for the interveners the Vancouver Rape Relief Society, La Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, the AWCEP Asian Women for Equality Society, the Aboriginal Women's Action Network, the Formerly Exploited Voices Now Educating and the Centre to End All Sexual Exploitation.

Julie McGregor and Stuart Wuttke, for the intervener the Assembly of First Nations.

Christian Leblanc and Tess Layton, for the intervener the Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association.

Jean Teillet, for the intervener the Women of the Métis Nation / Les Femmes Michif Otipemisiwak.

Christa Big Canoe and Fanny Wylde, for the intervener the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls.

Daniel J. Song and Matthew A. Nathanson, for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Megan Savard, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Peter Sankoff, Dino Bottos, Jacqueline Petrie et Austin Corbett, pour l'appelant.

Joanne B. Dartana et Christine Rideout, pour l'intimée.

Jeffrey G. Johnston, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Christine Bartlett-Hughes, Benita Wassenaar et Kate Forget, pour l'intervenante la procureure générale de l'Ontario.

Andrej Skoko et Isabelle Doray, pour l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales.

Jennifer Mann et Renée Lagimodière, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Janine Benedet et Gwendoline Allison, pour les intervenants Vancouver Rape Relief Society, La Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, AWCEP Asian Women for Equality Society, Aboriginal Women's Action Network, Formerly Exploited Voices Now Educating et Centre to End All Sexual Exploitation.

Julie McGregor et Stuart Wuttke, pour l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations.

Christian Leblanc et Tess Layton, pour l'intervenante Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association.

Jean Teillet, pour l'intervenante Women of the Métis Nation / Les Femmes Michif Otipemisiwak.

Christa Big Canoe et Fanny Wilde, pour l'intervenante l'Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées.

Daniel J. Song et Matthew A. Nathanson, pour l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society.

Megan Savard, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Shaun O'Brien and Beverly Jacobs, for the interveners the Institute for the Advancement of Aboriginal Women and the Women's Legal Education and Action Fund Inc.

Cheryl Milne, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Jonathan Rudin and Emily R. Hill, for the intervener the Aboriginal Legal Services.

Nathan J. Whitling, for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta).

The judgment of Moldaver, Côté, Brown and Rowe JJ. was delivered by

MOLDAVER J. —

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. <u>Overview</u>	1
II. <u>Background</u>	12
A. <i>Sexual Activities and Ms. Gladue's Death</i>	12
(1) <u>First Night</u>	13
(2) <u>Second Night</u>	14
B. <i>Mr. Barton's After-the-Fact Conduct</i>	19
C. <i>Position of the Crown</i>	26
D. <i>Position of the Defence</i>	32
III. <u>Decisions Below</u>	36
A. <i>Alberta Court of Queen's Bench (Graesser J., Sitting with a Jury)</i>	36
B. <i>Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A., Watson and Martin J.J.A.)</i>	37
IV. <u>Issues</u>	43

Shaun O'Brien et Beverly Jacobs, pour les intervenants Institute for the Advancement of Aboriginal Women et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, inc.

Cheryl Milne, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Jonathan Rudin et Emily R. Hill, pour l'intervenant Aboriginal Legal Services.

Nathan J. Whitling, pour l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta).

Version française du jugement des juges Moldaver, Côté, Brown et Rowe rendu par

LE JUGE MOLDAVER —

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	1
II. <u>Contexte</u>	12
A. <i>Les activités sexuelles et la mort de M^{me} Gladue</i>	12
(1) <u>La première nuit</u>	13
(2) <u>La deuxième nuit</u>	14
B. <i>Le comportement de M. Barton après le fait</i>	19
C. <i>La position du ministère public</i>	26
D. <i>La position de la défense</i>	32
III. <u>Les décisions des juridictions inférieures</u> ...	36
A. <i>Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Graesser, siégeant avec un jury)</i>	36
B. <i>Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson et Martin)</i>	37
IV. <u>Les questions en litige</u>	43

V. <u>Analysis</u>	45	V. <u>Analyse</u>	45
A. <i>Procedural Fairness Principles</i>	45	A. <i>Les principes d'équité procédurale</i>	45
(1) <u>The Crown's Limited Right to Appeal an Acquittal</u>	46	(1) <u>Le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement</u>	46
(2) <u>New Issues Raised by Appellate Courts</u>	50	(2) <u>Les nouvelles questions soulevées par les cours d'appel</u>	50
(3) <u>The Proper Scope of Intervener Sub- missions in Criminal Appeals</u>	52	(3) <u>La portée que doivent avoir les obser- vations formulées par les intervenants dans des appels en matière criminelle</u>	52
B. <i>Standard of Review for Reversible Error</i>	54	B. <i>La norme de contrôle applicable en cas d'erreur justifiant l'infirmité du verdict</i>	54
C. <i>Section 276 and Prior Sexual Activity Evidence</i>	55	C. <i>L'article 276 et la preuve concernant le comportement sexuel antérieur</i>	55
(1) <u>A Brief History of the Section 276 Regime</u> ...55		(1) <u>Un bref historique du régime prévu à l'art. 276</u>	55
(2) <u>The Section 276 Regime</u>	59	(2) <u>Le régime établi à l'art. 276</u>	59
(3) <u>Proceedings Below</u>	66	(3) <u>Les instances inférieures</u>	66
(4) <u>Procedural Fairness Argument</u>	68	(4) <u>L'argument relatif à l'équité procédurale</u>	68
(5) <u>The Applicability of the Section 276 Regime</u>	70	(5) <u>L'applicabilité du régime de l'art. 276</u>	70
D. <i>Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent</i>	86	D. <i>Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au con- sentement communiqué</i>	86
(1) <u>Legal Principles</u>	86	(1) <u>Les principes juridiques</u>	86
(2) <u>Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent</u>	114	(2) <u>Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au con- sentement communiqué</u>	114
(3) <u>Mistakes of Law in Mr. Barton's Defence</u> ...	116	(3) <u>Les erreurs de droit dans la défense de M. Barton</u>	116
(4) <u>Additional Guidance on Air of Reality Test and Reasonable Steps</u>	120	(4) <u>Précisions sur le critère de la vraisem- blance et les mesures raisonnables</u>	120
(5) <u>Determination of the "Sexual Activity in Question"</u>	124	(5) <u>La définition de l'« activité sexuelle »</u>	124

E. <i>Instructions on Motive</i>	130	E. <i>Les directives sur le mobile</i>	130
(1) <u>Motive</u>	130	(1) <u>Le mobile</u>	130
(2) <u>Proceedings Below</u>	133	(2) <u>Les procédures devant les juridictions inférieures</u>	133
(3) <u>Discussion</u>	136	(3) <u>Analyse</u>	136
F. <i>Instructions on the Objective Fault Element of Unlawful Act Manslaughter</i>	140	F. <i>Les directives sur l'élément de faute objective de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal</i>	140
(1) <u>Proceedings Below</u>	140	(1) <u>Les procédures devant les juridictions inférieures</u>	140
(2) <u>Discussion</u>	143	(2) <u>Analyse</u>	143
G. <i>Instructions on After-the-Fact Conduct</i>	144	G. <i>Les directives relatives au comportement après le fait</i>	144
(1) <u>Proceedings Below</u>	144	(1) <u>Les procédures devant les juridictions inférieures</u>	144
(2) <u>Discussion</u>	149	(2) <u>Analyse</u>	149
H. <i>New Trial</i>	159	H. <i>Le nouveau procès</i>	159
(1) <u>A New Trial on Unlawful Act Manslaughter Is Warranted</u>	161	(1) <u>La tenue d'un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal est justifiée</u>	161
(2) <u>A New Trial on First Degree Murder Is Not Warranted</u>	165	(2) <u>La tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré n'est pas justifiée</u>	165
I. <i>Other Issues</i>	179	I. <i>Autres questions</i>	179
(1) <u>Vitiating of Consent to Sexual Activity for Public Policy Reasons</u>	180	(1) <u>Le vice de consentement à l'activité sexuelle pour des raisons d'intérêt public</u> ...	180
(2) <u>Instructions on the "Defence" of "Accident"</u>	183	(2) <u>Les instructions relatives à la « défense d'accident »</u>	183
(3) <u>Instructions Addressing Prejudice Against Indigenous Women and Girls in Sexual Assault Cases</u>	195	(3) <u>Les directives relatives aux préjugés contre les femmes et les filles autochtones dans les affaires d'agression sexuelle</u>	195
(4) <u>Language Used to Address Ms. Gladue at Trial</u>	205	(4) <u>Les termes employés pour désigner M^{me} Gladue au procès</u>	205

(5) <u>Intervener Submissions Before the Court of Appeal</u>	208	(5) <u>Les observations des intervenants devant la Cour d’appel</u>	208
(6) <u>Other Issues Considered by the Court of Appeal</u>	209	(6) <u>Les autres questions examinées par la Cour d’appel</u>	209
VI. <u>Conclusion</u>	210	VI. <u>Conclusion</u>	210
I. <u>Overview</u>		I. <u>Aperçu</u>	

[1] We live in a time where myths, stereotypes, and sexual violence against women¹ — particularly Indigenous women and sex workers — are tragically common. Our society has yet to come to grips with just how deep-rooted these issues truly are and just how devastating their consequences can be. Without a doubt, eliminating myths, stereotypes, and sexual violence against women is one of the more pressing challenges we face as a society. While serious efforts are being made by a range of actors to address and remedy these failings both within the criminal justice system and throughout Canadian society more broadly, this case attests to the fact that more needs to be done. Put simply, we can — and *must* — do better.

[2] This appeal centres on the death of Cindy Gladue and Bradley Barton’s role in that death. Ms. Gladue, an Indigenous woman and a sex worker, was found dead in the bathroom of Mr. Barton’s Edmonton hotel room with an 11 cm wound in her vaginal wall. Mr. Barton, who was in town for a moving job, was charged with first degree murder.

[3] At trial before a judge and jury, the Crown’s theory was that on the night of Ms. Gladue’s death, during the course of commercial sexual activities while she was incapacitated by alcohol, Mr. Barton cut the inside of her vagina with a sharp object with

¹ While men also experience sexual violence, women are more likely to be sexually victimized (see J. Benedet, “Marital Rape, Polygamy, and Prostitution: Trading Sex Equality for Agency and Choice?” (2013), 18 *Rev. Const. Stud.* 161, at p. 165). I note that gender non-binary persons, too, can be sexually victimized.

[1] Nous vivons à une époque où les mythes, les stéréotypes et la violence sexuelle contre les femmes¹ — particulièrement les femmes autochtones et les travailleuses du sexe — font hélas partie du quotidien. Notre société n’a toujours pas saisi l’ampleur véritable de ces problèmes profondément enracinés et de leurs conséquences dévastatrices. Sans aucun doute, l’éradication des mythes, des stéréotypes et de la violence sexuelle contre les femmes est l’un des défis les plus urgents auxquels est confrontée notre société. Alors que tout un éventail d’intervenants s’efforcent véritablement de répondre et de remédier à ces lacunes tant au sein du système de justice pénale que dans l’ensemble de la société canadienne, la présente affaire fait foi du travail qu’il reste à accomplir. En termes simples, il est possible — et *impératif* — d’en faire davantage.

[2] Le présent pourvoi porte principalement sur la mort de Cindy Gladue et le rôle que Bradley Barton a joué à cet égard. M^{me} Gladue, femme autochtone et travailleuse du sexe, a été retrouvée sans vie dans la salle de bain de la chambre d’hôtel réservée par M. Barton à Edmonton, avec une blessure de 11 cm à la paroi vaginale. M. Barton, qui se trouvait en ville pour un emploi de déménageur, a été inculpé de meurtre au premier degré.

[3] Au procès devant juge et jury, le ministère public a avancé la thèse selon laquelle, la nuit où elle est morte, M^{me} Gladue participait à des activités sexuelles de nature commerciale alors que ses facultés étaient affaiblies par l’alcool. Au cours

¹ Les hommes risquent aussi d’être victimes de violence sexuelle, mais les femmes sont davantage susceptibles de subir des sévices sexuels (voir J. Benedet, « Marital Rape, Polygamy, and Prostitution : Trading Sex Equality for Agency and Choice? » (2013), 18 *R. études const.* 161, p. 165). Je tiens à préciser que les personnes non binaires peuvent également subir pareils sévices.

intent to seriously harm or kill her. He then carried her to the bathroom where she bled to death. This was, in the Crown's submission, murder while committing sexual assault with a weapon. As such, it constituted first degree murder. Alternatively, the Crown took the position that if Mr. Barton did not murder Ms. Gladue, he committed unlawful act manslaughter by causing her death in the course of a sexual assault.

[4] Mr. Barton told a different story. He testified that he and Ms. Gladue engaged in "similar" consensual sexual activity on both the night leading up to her death and the previous night. On both occasions, he said, he formed his fingers into a cone and penetrated her vagina, thrusting repeatedly. He claimed that on the second night, after thrusting deeper, more forcefully, and for a longer duration, she started to bleed unexpectedly, at which point the sexual activity came to a halt. Ms. Gladue then went into the bathroom and he promptly fell asleep, only to awake the next morning to find her dead in the bathtub. He said that after discovering her lifeless body, he left the hotel in a panic, returned, called 911, and fabricated different versions of a false story. Although he admitted at trial that he tore her vaginal wall and thereby caused her death, he claimed this was a non-culpable "accident". He denied ever using a sharp object and asserted that she consented to the sexual activities in question — or at least he honestly *believed* she did.

[5] At trial, although Mr. Barton testified at length about his sexual activity with Ms. Gladue on the night before her death, no application was made, and no separate hearing held, to determine the admissibility of that evidence. Nor was the jury given

de cette activité, M. Barton a fait une incision à l'intérieur du vagin de M^{me} Gladue au moyen d'un objet tranchant dans l'intention de lui causer des blessures graves ou de la tuer. Il l'a ensuite portée dans la salle de bain où elle est morte au bout de son sang. Selon le ministère public, M. Barton a ainsi perpétré un meurtre en commettant une agression sexuelle armée. Il s'agissait donc d'un meurtre au premier degré. Subsidiairement, le ministère public a fait valoir que, si M. Barton n'avait pas assassiné M^{me} Gladue, il avait alors commis un homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal pour avoir causé la mort de celle-ci au cours d'une agression sexuelle.

[4] Monsieur Barton a donné une version différente des faits. Il a déclaré que, la nuit où M^{me} Gladue est morte et la nuit précédant son décès, ils s'étaient livrés à une activité sexuelle consensuelle [TRADUCTION] « similaire ». Lors des deux occasions, il a placé ses doigts en forme de cône et les a insérés dans le vagin de M^{me} Gladue, en effectuant maintes fois un mouvement de va-et-vient. Il a affirmé que, la deuxième nuit, après qu'il ait poussé vers l'intérieur plus profondément, plus vigoureusement et plus longtemps, M^{me} Gladue a commencé à saigner de manière inattendue, ce qui a mis fin aux rapports sexuels. M^{me} Gladue s'est ensuite rendue à la salle de bain et il s'est endormi rapidement, pour se réveiller le lendemain matin et la trouver morte dans la baignoire. Il a ajouté qu'après avoir découvert le corps sans vie de M^{me} Gladue, il a quitté la chambre d'hôtel pris de panique, y est retourné, a composé le 911 et a inventé différentes versions d'un récit fictif. Bien qu'il ait admis au procès qu'il avait déchiré la paroi vaginale de M^{me} Gladue, causant ainsi la mort de cette dernière, M. Barton a dit qu'il s'agissait d'un « accident » non coupable. Il a nié avoir utilisé un objet tranchant et a déclaré que M^{me} Gladue avait consenti aux activités sexuelles en question ou, à tout le moins, qu'il *croyait* sincèrement que tel était le cas.

[5] Au procès, bien que M. Barton ait expliqué en détail l'activité sexuelle à laquelle il s'était livré avec M^{me} Gladue la nuit précédant le décès de cette dernière, aucune demande n'a été présentée et aucune audition distincte n'a été tenue pour déterminer

any limiting instruction identifying the purposes for which that evidence could and *could not* be used — this, despite the regime under s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which imposes these and other requirements.

[6] After having received the trial judge's final charge outlining the legal principles to be applied, the jury acquitted Mr. Barton of first degree murder and the included offence of unlawful act manslaughter. The Crown appealed, seeking a new trial.

[7] In lengthy and detailed reasons, the Alberta Court of Appeal identified a list of errors that it said warranted a new trial. In addition, the Court of Appeal expressed serious concern that nationally used pattern jury charges on sexual offences contribute to stereotypes, cause persistent analytical problems in applying the law, and exacerbate inequality, leading it to recommend new pattern jury instructions. In the result, the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside Mr. Barton's acquittal, and ordered a new trial on first degree murder.

[8] Mr. Barton now appeals to this Court. He maintains that he was denied procedural fairness at the Court of Appeal and that the legal errors identified by that court were either non-existent or of no moment. On this basis, he asks that his acquittal be restored. The Crown, for its part, maintains that the Court of Appeal observed the requirements of procedural fairness and its decision to order a new trial on first degree murder was sound.

[9] For reasons that follow, I am of the view that a new trial is warranted. The central error committed by the trial judge was his failure to comply with the mandatory requirements set out under the s. 276 regime. That error had ripple effects, most acutely in the instructions on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, upon which

l'admissibilité de cette déposition. Le jury n'a pas non plus reçu de directive restrictive indiquant à quelle fin ce témoignage pouvait ou *ne pouvait pas* servir, et ce, en dépit du régime prévu à l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, qui impose, entre autres, ces exigences.

[6] Après avoir reçu l'exposé final du juge du procès faisant état des principes juridiques applicables, le jury a acquitté M. Barton de meurtre au premier degré et de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. Le ministère public a interjeté appel, demandant la tenue d'un nouveau procès.

[7] Dans de longs motifs détaillés, la Cour d'appel de l'Alberta a dressé la liste des erreurs qui justifiaient selon elle la tenue d'un nouveau procès. En outre, la Cour d'appel s'est dite fort préoccupée par le modèle national d'exposé fait aux jurés relativement aux infractions d'ordre sexuel qui favorise les stéréotypes, compromet constamment l'analyse et l'application des règles de droit et exacerbe les inégalités, de sorte qu'elle a recommandé l'élaboration d'un nouveau modèle de directives au jury. Par conséquent, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquiescement de M. Barton et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

[8] Monsieur Barton se pourvoit à présent devant notre Cour. Il soutient que la Cour d'appel l'a privé de l'équité procédurale et que les erreurs de droit relevées par ce tribunal étaient soit inexistantes soit sans importance. C'est pourquoi il demande que son acquiescement soit rétabli. De son côté, le ministère public fait valoir que la Cour d'appel a respecté l'obligation d'équité procédurale et que sa décision d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré était fondée.

[9] Pour les motifs qui suivent, j'estime que la tenue d'un nouveau procès est justifiée. La principale erreur du juge du procès a été de ne pas se conformer aux conditions impératives du régime énoncé à l'art. 276. L'erreur en question a eu un effet d'entraînement, surtout quant aux directives données sur la défense de la croyance sincère mais erronée

Mr. Barton relied.² In particular, non-compliance with the s. 276 regime, which serves a crucial screening function where an accused relies on the complainant's prior sexual activities in support of his defence, translated into a failure to expose and properly address misleading evidence and mistakes of law arising from Mr. Barton's defence. This in turn resulted in reversible error warranting a new trial.

[10] That said, I am respectfully of the view that the new trial should be restricted to the offence of unlawful act manslaughter, not murder. As I will develop, in view of the position taken by the Crown at trial, the charge of murder against Mr. Barton hinged on a relatively straightforward factual question: In causing Ms. Gladue's death, did Mr. Barton use a sharp object? If he did, then all that was left to prove was that he had the requisite intent for murder, a proposition which would follow readily from evidence that he used a sharp object. If he did not, then in view of the position taken by the Crown, the charge of murder could not be sustained. Evidently, the jury rejected the Crown's sharp object theory, and as I will demonstrate, none of the legal errors committed in the course of the trial had a material bearing on the murder charge. In the circumstances, I am of the view that it would be inappropriate to require Mr. Barton to face a new trial on first degree murder.

[11] Accordingly, I would allow the appeal in part and order a new trial on unlawful act manslaughter.

au consentement communiqué, que M. Barton avait invoquée². Plus précisément, le non-respect du régime de l'art. 276, qui exerce une fonction cruciale de filtrage lorsque l'accusé invoque pour sa défense le comportement sexuel antérieur du plaignant, a entraîné le défaut d'exposer et de prendre correctement en compte les éléments de preuve trompeurs et les erreurs de droit découlant du moyen de défense invoqué par M. Barton, ce qui a donné lieu à une erreur justifiant l'infirmité du verdict et la tenue d'un nouveau procès.

[10] Cela dit, je suis d'avis, avec égards, que le nouveau procès devrait porter uniquement sur l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, et non sur l'infraction de meurtre. Comme je l'expliquerai plus loin, compte tenu de la position adoptée par le ministère public au procès, l'accusation de meurtre portée contre M. Barton se résume à une question factuelle relativement simple : Ce dernier a-t-il utilisé un objet tranchant pour causer la mort de M^{me} Gladue? Dans l'affirmative, il ne restait qu'à démontrer que M. Barton avait l'intention requise pour commettre un meurtre, ce qui ressortirait d'ailleurs aisément de la preuve selon laquelle il a utilisé un objet tranchant. Dans la négative, vu la position du ministère public, l'accusation de meurtre ne saurait être maintenue. De toute évidence, le jury a rejeté la thèse du ministère public concernant l'objet tranchant, et comme je le démontrerai plus loin, aucune des erreurs de droit commises au procès n'a eu une incidence significative sur l'accusation de meurtre. Dans les circonstances, j'estime qu'il ne conviendrait pas d'obliger M. Barton à subir un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

[11] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal.

² In Part V(D)(1)(d) of these reasons, I will explain why the language "honest but mistaken belief in *communicated* consent" should be preferred over the language "honest but mistaken belief in consent".

² Au point V(D)(1)d) des présents motifs, j'explique pourquoi il convient d'utiliser l'énoncé « croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué* » plutôt que « croyance sincère mais erronée au consentement ».

II. Background

A. *Sexual Activities and Ms. Gladue's Death*

[12] In June 2011, Mr. Barton, a large and strong man who works as a mover, rented an Edmonton hotel room for two nights while on a long-haul moving job with two colleagues. On both nights, he engaged in commercial sexual activities with Ms. Gladue, a 36-year-old Indigenous woman of Métis and Cree ancestry and a sex worker. What happened on those two nights was largely contested at trial.

(1) First Night

[13] Mr. Barton testified that on the first night, he agreed to pay Ms. Gladue \$60 for “everything”, which he defined as “intercourse, sex”. He said that in his hotel room, she performed oral sex on him, and at the same time he formed his fingers into a cone and inserted his hand into her vagina, thrusting repeatedly “just past the knuckle” for 5 to 10 minutes. He described her body language as being “good” throughout, and he did not notice any “problems or difficulties or disagreement on her part” (A.R., vol. IV, at p. 237). They then had vaginal intercourse, after which they exchanged phone numbers and she left for the night.

(2) Second Night

[14] On the second night, Mr. Barton called Ms. Gladue and they agreed to meet at the hotel bar, where Mr. Barton was having drinks with one of his work colleagues. At the bar, Ms. Gladue placed her leg over Mr. Barton's lap and they were acting friendly towards one another, with Mr. Barton touching and stroking Ms. Gladue's leg. She had a couple of drinks while at the bar.

II. Contexte

A. *Les activités sexuelles et la mort de M^{me} Gladue*

[12] En juin 2011, M. Barton, un homme grand et robuste qui travaillait en tant que déménageur, a loué une chambre d'hôtel à Edmonton pour deux nuits alors qu'il s'occupait d'un déménagement à longue distance avec deux collègues. Les deux nuits, il s'est livré à des activités sexuelles commerciales en compagnie de M^{me} Gladue, une autochtone de descendance métisse et crie âgée de 36 ans et travailleuse du sexe. Les événements survenus au cours de ces deux nuits ont été largement contestés au procès.

(1) La première nuit

[13] Dans son témoignage, M. Barton a affirmé que, la première nuit, il avait accepté de verser à M^{me} Gladue 60 \$ pour [TRADUCTION] « l'ensemble » des services, qu'il a défini comme des « rapports sexuels ». Il a dit que, dans sa chambre d'hôtel, M^{me} Gladue lui avait fait une fellation et qu'au cours de cette même activité il avait placé ses doigts en forme de cône et les avait insérés dans son vagin, en effectuant maintes fois un mouvement de va-et-vient « tout juste au-delà de la jointure des doigts », et ce, pendant 5 à 10 minutes. Il a décrit le langage corporel de M^{me} Gladue comme étant « positif » tout au long de l'activité et a indiqué ne pas avoir remarqué de « problèmes, difficultés ou désaccord de sa part » (d.a., vol. IV, p. 237). Ils ont ensuite eu des rapports sexuels avec pénétration vaginale, ont échangé leurs numéros de téléphone et M^{me} Gladue est partie.

(2) La deuxième nuit

[14] La deuxième nuit, M. Barton a téléphoné à M^{me} Gladue et ils ont convenu de se rencontrer au bar de l'hôtel, où M. Barton prenait un verre en compagnie de l'un de ses collègues de travail. Au bar, M^{me} Gladue a mis sa jambe sur les genoux de M. Barton. Les deux adoptaient un comportement amical l'un envers l'autre, alors que M. Barton caressait la jambe de M^{me} Gladue. Cette dernière a pris quelques verres.

[15] After last call, Mr. Barton, Ms. Gladue, and Mr. Barton’s work colleague got up and left. On the way back to his room, Mr. Barton asked his colleague if he wanted “a piece” of Ms. Gladue. His colleague declined, so Mr. Barton and Ms. Gladue proceeded to Mr. Barton’s room alone.

[16] Mr. Barton testified that while he and Ms. Gladue did not discuss what sexual activities would be performed that night in his hotel room, they agreed to the same price as the night before and Ms. Gladue “[knew] what she was coming for” (A.R., vol. IV, at p. 253). He said that after the two each had a beer in his room, he said, “Cindy, let’s get at this”, to which she replied, “okay”. She then went into the bathroom and came out nude, then sat on the corner of the bed. He said he asked her if she was “all good to go and ready” and she replied, “yeah”.

[17] Mr. Barton testified that Ms. Gladue, while seated at the corner of the bed, “pulled [him] in” and performed oral sex on him while he was standing, and he then began thrusting his fingers into her vagina (A.R., vol. IV, at p. 255). He admitted that the thrusting on the second night, which he said lasted about 10 minutes, was “[a] little harder than the night before. And maybe . . . a little farther” — 1 or 2 centimetres past his knuckles (*ibid.*, at p. 256). He said that as he was thrusting, “[c]ommunication was good” and “[t]here was moaning and groaning going on, all good signs, working it really good, thrusting. It was good. All signs were go”. He agreed in chief that she never “express[ed] any disagreement”. He also said that she was expressing pleasure through “moans and groans” and that she was making “good moans”.

[18] Mr. Barton testified that he stopped thrusting and noticed blood on his fingers. He said he asked

[15] À la fermeture du bar, M. Barton, M^{me} Gladue et le collègue de M. Barton ont quitté les lieux. En retournant à sa chambre, M. Barton a demandé à son collègue s’il voulait lui aussi [TRADUCTION] « s’amuser » avec M^{me} Gladue. Ce dernier ayant refusé, M. Barton est retourné dans sa chambre en compagnie de M^{me} Gladue.

[16] Monsieur Barton a précisé dans son témoignage qu’il n’avait pas discuté avec M^{me} Gladue des activités sexuelles auxquelles ils allaient se livrer cette nuit-là dans sa chambre d’hôtel, mais qu’ils s’étaient entendus sur le même prix que la veille, et que M^{me} Gladue [TRADUCTION] « [connaissait] le but de sa visite » (d.a., vol. IV, p. 253). Il a ajouté qu’après avoir pris chacun une bière dans sa chambre, il a dit : « allons droit au but, Cindy », ce à quoi elle a répondu : « d’accord ». Elle est ensuite allée dans la salle de bain d’où elle est ressortie nue et s’est assise sur le coin du lit. M. Barton dit lui avoir demandé si elle était « prête à commencer », question à laquelle elle a répondu « oui ».

[17] Dans son témoignage, M. Barton a affirmé que, tout en se tenant assise sur le coin du lit, M^{me} Gladue l’avait [TRADUCTION] « attiré vers elle » et lui avait fait une fellation pendant qu’il restait debout et qu’il avait alors commencé à pousser les doigts à l’intérieur de son vagin (d.a., vol. IV, p. 255). Il a admis que le mouvement de va-et-vient effectué la deuxième nuit, qui avait duré à son avis environ 10 minutes, était « [u]n peu plus vigoureux que la nuit précédente et peut-être [. . .] un peu plus profond », soit 1 ou 2 centimètres au-delà de la jointure des doigts (*ibid.*, p. 256). Selon lui, pendant qu’il effectuait le mouvement de va-et-vient, « [l]a communication était bonne », M^{me} Gladue « gémissait et haletait, ce qui était bon signe, c’était tellement bien et le mouvement de va-et-vient continuait. C’était bien. Tous les signes étaient positifs ». Il était d’accord au cours de l’interrogatoire principal pour dire que M^{me} Gladue n’avait jamais « exprimé de désaccord ». M. Barton a ajouté qu’elle manifestait son plaisir par des « gémissements et halètements » qui exprimaient « son plaisir ».

[18] Monsieur Barton a indiqué avoir arrêté le mouvement de va-et-vient et remarqué du sang sur

Ms. Gladue whether she was on her period and she replied, “Maybe I am”. He said he was no longer interested in having sex with her and refused to pay her. He then cleaned up in the bathroom, came back, and told her to wash up and leave. He said she then went into the bathroom, after which he promptly fell asleep.

B. Mr. Barton’s After-the-Fact Conduct

[19] Mr. Barton testified that he awoke to find Ms. Gladue dead in a pool of blood in the bathtub and panicked. He stepped in the blood, grabbed a towel, cleaned his feet and part of the floor, got dressed, and left the room. He threw the bloody towel in a garbage bin outside, where it was later recovered by the police. He put his bag in his van, went back to the hotel, and checked out.

[20] Mr. Barton then went back to his van, where he was joined by one of his work colleagues. The colleague told Mr. Barton they were going to have a good day, to which Mr. Barton replied: “Not until the police come”. He then told his colleague that there was a girl in his room bleeding. He claimed he did not know her; she had just showed up at his hotel door the night before and asked to take a shower and he let her in. His colleague told him to go back to the hotel and call 911.

[21] Mr. Barton returned to the hotel and asked the clerk for a new key card, claiming he had forgotten some papers. He then dialed 911 using the hotel room phone and asked for the police. He told the operator that a girl he did not know knocked on his door the night before and wanted to use his shower, and he went to bed and woke up the next morning to find her dead in his bathtub. He told the operator he was “shaking like crazy” and “scared shitless” (R.R., at pp. 39-40).

ses doigts. Il a dit avoir demandé à M^{me} Gladue si elle avait ses règles et elle a répondu : « Peut-être que oui ». Il a déclaré qu’il ne voulait plus avoir des relations sexuelles avec elle et qu’il avait refusé de la payer. Il est ensuite allé se laver dans la salle de bain, est revenu et a dit à M^{me} Gladue de faire sa toilette et de partir. Il a ajouté qu’elle était allée à son tour dans la salle de bain et qu’il s’était endormi rapidement peu après.

B. Le comportement de M. Barton après le fait

[19] Dans son témoignage, M. Barton a indiqué qu’il s’était réveillé pour trouver M^{me} Gladue morte dans la baignoire dans une mare de sang et qu’il avait paniqué. Il a marché dans le sang, a saisi une serviette, a nettoyé ses pieds ainsi qu’une partie du plancher, s’est habillé et a quitté la chambre. Il a jeté la serviette trempée de sang dans une poubelle à l’extérieur, où les policiers l’ont retrouvée par la suite. M. Barton a déposé son sac dans sa fourgonnette et est retourné à l’hôtel pour régler les formalités de départ.

[20] Monsieur Barton est retourné ensuite à sa fourgonnette où il a été rejoint par l’un de ses collègues. Ce dernier lui a dit que la journée s’annonçait belle et M. Barton a donné la réponse suivante : [TRADUCTION] « Pas avant que la police arrive ». Il a ajouté qu’il y avait une fille ensanglantée dans sa chambre. Il a affirmé qu’il ne la connaissait pas; qu’elle s’était simplement pointée à sa porte la nuit précédente et lui avait demandé la permission de prendre une douche, ce qu’il avait accepté. Son collègue lui a dit de retourner à l’hôtel et de composer le 911.

[21] Monsieur Barton est retourné à l’hôtel où il a demandé au commis à la réception une nouvelle carte d’accès, prétextant qu’il avait oublié quelques documents dans la chambre. Il a ensuite composé le 911 à partir du téléphone qui se trouvait dans la chambre d’hôtel et a demandé le service de police. Il a dit à l’opérateur qu’une fille qu’il ne connaissait pas avait frappé à sa porte la nuit précédente et demandé d’utiliser la douche, qu’il s’était ensuite couché et qu’à son réveil le lendemain matin, il l’avait trouvée morte dans la baignoire. Il a ajouté qu’il [TRADUCTION] « trembl[ait] en diable » et qu’il avait « une peur bleue » (d.i., p. 39-40).

[22] When the police arrived, Mr. Barton told an officer that “I didn’t do anything. I’m married, and I don’t do this stuff” (R.R., at p. 35). Later that day, Mr. Barton met up with one of his colleagues at the truck stop and explained that he was “fingering” Ms. Gladue when she started to bleed, at which point he said “that was enough of that” and “passed out” (A.R., vol. III, at p. 125).

[23] An autopsy, performed on Ms. Gladue the day after her death, revealed an 11 cm wound that went completely through, and ran almost the full length of, her vaginal wall. Cause of death was determined to be loss of blood due to her injury.

[24] The following day, the police arrested Mr. Barton in Calgary and transported him back to Edmonton in a van. While in the van, Mr. Barton initiated a conversation with an undercover officer posing as a fellow prisoner. Mr. Barton said he rented the hotel room but let two guys who were working with him sleep in it while he slept in his truck. He said that he entered the room in the morning to find the room trashed and a girl sitting in the bathtub covered in blood, prompting him to call the police immediately. He denied any wrongdoing.

[25] Mr. Barton was charged with first degree murder.

C. *Position of the Crown*

[26] The Crown’s case on first degree murder hinged on its submission that Mr. Barton cut Ms. Gladue’s vaginal wall using a sharp object, intending to seriously harm or kill her. The Crown maintained that after he cut her, he carried her to the bathroom and placed her in the bathtub where she bled to death. This was, in the Crown’s submission, murder while committing sexual assault with a weapon. As such, it constituted first degree murder under ss. 231(5)(c) and 235 of the *Code*. While no “murder weapon” was found, the Crown

[22] À l’arrivée des policiers, M. Barton a dit ceci à un agent : [TRADUCTION] « Je n’ai rien fait. Je suis marié et je ne m’adonne pas à ces activités » (d.i., p. 35). Plus tard dans la journée, M. Barton a rencontré l’un de ses collègues à la halte routière et lui a expliqué qu’il était en train de « pénétrer [M^{me} Gladue] avec ses doigts » lorsqu’elle s’était mise à saigner, moment auquel il a dit qu’il en avait « assez » et était « tombé comme une masse » (d.a., vol. III, p. 125).

[23] L’autopsie effectuée le jour suivant la mort de M^{me} Gladue a révélé l’existence d’une blessure de 11 cm qui avait complètement déchiré la paroi vaginale et qui s’étendait sur presque toute sa longueur. Le décès a été attribué à l’hémorragie causée par la blessure.

[24] Le lendemain, la police a arrêté M. Barton à Calgary et l’a ramené à Edmonton dans une fourgonnette. Pendant le déplacement, M. Barton a entamé une conversation avec un agent qui se faisait passer pour un détenu. M. Barton a affirmé qu’il avait loué la chambre d’hôtel, mais qu’il avait laissé deux de ses collègues la partager et qu’il avait dormi dans son camion. Il a dit qu’il était entré dans la chambre le lendemain matin pour constater qu’elle avait été saccagée et qu’il y avait une fille couverte de sang dans la baignoire, ce qui l’avait amené à appeler immédiatement la police. Il a nié tout acte répréhensible.

[25] Monsieur Barton a été inculpé de meurtre au premier degré.

C. *La position du ministère public*

[26] Selon la thèse avancée par le ministère public au sujet du meurtre au premier degré, M. Barton aurait sectionné la paroi vaginale de M^{me} Gladue au moyen d’un objet tranchant dans l’intention de lui causer de graves blessures ou de la tuer. Le ministère public a fait valoir qu’après lui avoir infligé une coupure, M. Barton avait amené M^{me} Gladue dans la salle de bain et l’avait placée dans la baignoire où elle est morte au bout de son sang. Selon le ministère public, il s’agissait d’un meurtre commis dans le contexte d’une agression sexuelle armée.

hypothesized that Mr. Barton might have disposed of it in a grassy area near the hotel.

[27] Alternatively, the Crown took the position that if Mr. Barton did not murder Ms. Gladue, he committed unlawful act manslaughter contrary to ss. 222(5)(a) and 234 of the *Code* by causing her death in the course of a sexual assault (see *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3). While the Crown spent relatively little time developing this alternative theory at trial, it identified three independent routes to a manslaughter conviction, all of which rested on a finding of sexual assault against Ms. Gladue, which in turn hinged on proof of one of the following: lack of capacity to consent on Ms. Gladue's part due to intoxication; lack of actual consent on her part; or vitiation of consent due to public policy reasons — namely, because Mr. Barton intentionally caused bodily harm to her in the course of otherwise consensual sexual activities.

[28] Two Crown experts testified that the wound which led to Ms. Gladue's death was caused by a sharp object. These experts considered that there was an absence of “bridging” — that is, small tissue fibres across the mouth of the wound — that would characterize a laceration (the tearing of soft body tissue) caused by blunt force trauma. The Crown also adduced an opinion from one of its experts that in order to cause Ms. Gladue's injury by insertion of one's fingers and hand into her vagina, it would have taken “extreme”, “excessive”, or “considerable” force (A.R., vol. IV, at pp. 78-79). The expert defined “considerable” force to mean “an independent witness . . . would know . . . you're going to hurt that person” (*ibid.*, at p. 78).

L'acte perpétré constituait ainsi un meurtre au premier degré au sens de l'al. 231(5)c) et de l'art. 235 du *Code*. Même si aucune [TRADUCTION] « arme du crime » n'a été retrouvée, le ministère public a émis l'hypothèse que M. Barton s'en était débarrassé dans le champ couvert d'herbes à proximité de l'hôtel.

[27] Subsidiairement, le ministère public a fait valoir que, si M. Barton n'avait pas assassiné M^{me} Gladue, il avait alors commis un homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, en contravention de l'al. 222(5)a) et de l'art. 234 du *Code*, en causant sa mort au cours d'une agression sexuelle (voir *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3). Le ministère public n'a pas vraiment insisté sur cette thèse subsidiaire au procès, mais a formulé trois raisonnements distincts permettant de parvenir à une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire, qui étaient tous fondés sur une conclusion d'agression sexuelle à l'endroit de M^{me} Gladue, laquelle reposait de son côté sur la démonstration de l'un des éléments suivants : l'incapacité de M^{me} Gladue de donner son consentement en raison de l'ivresse; l'absence de consentement réel de sa part; ou l'invalidation du consentement pour des raisons d'ordre public, soit au motif que M. Barton avait intentionnellement causé à M^{me} Gladue des lésions corporelles lors d'activités sexuelles autrement consensuelles.

[28] Deux experts du ministère public ont affirmé dans leur témoignage que la blessure qui a entraîné le décès de M^{me} Gladue avait été infligée par un objet tranchant. Les experts ont estimé qu'il n'y avait pas de [TRADUCTION] « ponts tissulaires », à savoir des petits fragments de tissu à travers l'ouverture de la plaie, propres à une lacération (déchirement des tissus mous) causée par un traumatisme contondant. Le ministère public a présenté aussi l'opinion de l'un de ses témoins experts selon laquelle, pour qu'une personne puisse causer la blessure de M^{me} Gladue par l'insertion des doigts et de la main dans son vagin, elle aurait dû recourir à une force [TRADUCTION] « extrême », « excessive » ou « considérable » (d.a., vol. IV, p. 78-79). L'expert a expliqué la notion de force « considérable » comme suit : « . . . un témoin indépendant [. . .] saurait [. . .] que la personne finira par faire mal à l'autre » (*ibid.*, p. 78).

[29] In addition, the Crown led toxicology evidence showing that Ms. Gladue's blood alcohol concentration at the time of death was 340 mg, over four times the legal limit to drive. Relying on this and other evidence, the Crown theorized that Ms. Gladue was incapacitated and lying in the middle of the bed when Mr. Barton used a sharp object to cut her.

[30] The Crown also adduced evidence from an expert bloodstain analyst who noted that while bloodstains were found at the centre of the bed, none were found on the corner of the bed where Mr. Barton said Ms. Gladue was sitting, nor was there any blood on the carpet across which Ms. Gladue would have had to walk to enter the bathroom on her own.

[31] Finally, Crown counsel took the position that Mr. Barton's after-the-fact conduct — that is, the things he said and did after the alleged commission of the offence — betrayed his consciousness of guilt and belied his claim that Ms. Gladue's death was a mere "accident".

D. *Position of the Defence*

[32] In his defence, Mr. Barton denied using a sharp object. He also relied on the evidence of an expert who, unlike the Crown experts, noticed significant bridging in Ms. Gladue's wound and testified that it was a laceration resulting from blunt force trauma, not a cut. When presented with a hypothetical mirroring the sexual activity Mr. Barton said took place on the second night, the defence expert agreed that such activity could have caused the injury. She further stated that a number of factors might affect the strength of a woman's vaginal wall (e.g., age, nutrition, alcoholism, frequent sexual activity), and if the kind of sexual activity described by Mr. Barton did in fact occur on the first night, then that too could have weakened Ms. Gladue's vaginal wall on the second night.

[29] De plus, le ministère public a présenté des éléments de preuve de nature toxicologique indiquant qu'au moment de son décès, M^{me} Gladue avait une alcoolémie de 340 mg, soit quatre fois la limite permise par la loi pour conduire. S'appuyant, entre autres, sur ces éléments de preuve, le ministère public a avancé la thèse que M^{me} Gladue était ivre et gisait au milieu du lit lorsque M. Barton s'est servi d'un objet tranchant pour lui infliger une coupure.

[30] Le ministère public a présenté également le témoignage d'un expert analyste des taches de sang qui a indiqué que, si on a retrouvé des taches de sang au milieu du lit, il n'y en avait aucune au coin du lit, où M^{me} Gladue était assise aux dires de M. Barton, ni d'ailleurs sur le tapis sur lequel M^{me} Gladue aurait eu à marcher pour se rendre dans la salle de bain.

[31] Enfin, l'avocate du ministère public s'est dite d'avis que le comportement de M. Barton après le fait — c'est-à-dire les propos qu'il a tenus et les gestes qu'il a posés après la perpétration alléguée de l'infraction — avait trahi sa conscience de culpabilité et contredit sa prétention selon laquelle le décès de M^{me} Gladue était attribuable à un simple [TRADUCTION] « accident ».

D. *La position de la défense*

[32] En défense, M. Barton a nié avoir utilisé un objet tranchant. Il s'est également appuyé sur l'opinion d'une experte qui, contrairement aux experts du ministère public, a remarqué une forte présence de ponts tissulaires dans la blessure de M^{me} Gladue et a déclaré qu'il s'agissait d'une laceration causée par un traumatisme contondant, et non d'une coupure. Lorsqu'on lui a présenté le scénario hypothétique concernant l'activité sexuelle qui avait eu lieu la deuxième nuit, selon les dires de M. Barton, l'experte de la défense a convenu que l'activité en question aurait pu causer la blessure. Elle a indiqué que la résistance de la paroi vaginale d'une femme pouvait dépendre de plusieurs facteurs, dont l'âge, la nutrition, l'alcoolisme, la fréquence des rapports sexuels, et a ajouté que, si l'activité sexuelle décrite par M. Barton avait effectivement eu lieu la première nuit, il s'agissait d'un facteur de plus qui aurait pu contribuer à l'affaiblissement de la paroi vaginale de M^{me} Gladue la deuxième nuit.

[33] The defence further took the position that Ms. Gladue was only moderately intoxicated on the second night, relying on video evidence of her walking in the hotel hallway, evidence from various witnesses, and Mr. Barton's own testimony. The defence also maintained that Ms. Gladue consented to the sexual activity that occurred on both nights. In his closing address to the jury, defence counsel submitted that it was evident she consented on the second night because she left her clothes in the bathroom, came out naked, and "[s]he's a prostitute, and she's consenting to the sex" (A.R., vol. V, at p. 205). Counsel maintained that, in any event, "Mr. Barton would have obviously believed that she was consenting to sex" (*ibid.*), and therefore he could rely on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. Counsel stressed that there were "no groans of disagreement, in fact, only groans of agreement" and "there [were] no signs that she was in disagreement" (*ibid.*). Counsel also emphasized that the sexual activity was essentially the same both nights, the only difference being the depth of thrusting, and "Mr. Barton believes she consented night number one, night number two" (*ibid.*).

[34] The defence conceded several elements of unlawful act manslaughter — in particular, the defence conceded that Mr. Barton caused Ms. Gladue's death and the sexual activity in question was inherently dangerous and posed an objectively foreseeable risk that Ms. Gladue would suffer bodily harm. However, the defence maintained that this death was a mere "accident", which he claimed was antithetical to an intention to cause bodily harm and therefore did not amount to a vitiation of consent.

[35] Mr. Barton also admitted to virtually all of the after-the-fact conduct revealed in the Crown's case. He acknowledged that he told a string of lies but said he was in a state of shock, panic, and fear that his wife and employer would find out that he was involved with a sex worker. He also said he lied

[33] La défense a en outre affirmé que M^{me} Gladue était dans un état d'ébriété modéré la deuxième nuit, invoquant la preuve vidéo qui la montre marchant dans le couloir de l'hôtel, les déclarations de divers témoins, ainsi que la déposition de M. Barton lui-même. La défense a aussi fait valoir que M^{me} Gladue avait donné son consentement à l'activité sexuelle qui s'était déroulée les deux nuits. Dans son exposé final au jury, l'avocat de la défense a affirmé que le consentement de M^{me} Gladue la deuxième nuit était manifeste puisqu'elle s'était déshabillée dans la salle de bain, en était ressortie nue et qu'elle [TRADUCTION] « se prostituait et était consentante aux rapports sexuels » (d.a., vol. V, p. 205). L'avocat de la défense a soutenu qu'en tout état de cause, « M. Barton a manifestement cru qu'elle était consentante aux rapports sexuels » (*ibid.*), et qu'il pouvait donc invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. L'avocat a souligné qu'il n'y avait pas de « lamentations, mais seulement des gémissements de plaisir » et que « rien n'indiquait qu'elle n'était pas d'accord » (*ibid.*). L'avocat a également souligné que l'activité sexuelle en question était pour l'essentiel la même les deux nuits, la seule différence tenant à la profondeur du mouvement de va-et-vient, précisant que « M. Barton croit qu'elle a consenti la première nuit, ainsi que la deuxième nuit » (*ibid.*).

[34] La défense a concédé l'existence de plusieurs éléments constitutifs de l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, admettant en particulier que M. Barton a causé la mort de M^{me} Gladue et que l'activité sexuelle en question était dangereuse de par sa nature et présentait un risque objectivement prévisible que M^{me} Gladue subisse des lésions corporelles. Or, l'avocat de la défense a fait valoir que la mort de M^{me} Gladue était purement [TRADUCTION] « accidentelle », ce qui constituait l'antithèse de l'intention de causer des lésions corporelles et n'était donc pas assimilable à un vice de consentement.

[35] Monsieur Barton a aussi admis pratiquement l'ensemble du comportement après le fait révélé par la preuve du ministère public. Il a reconnu avoir débité une série de mensonges, mais a déclaré qu'il était dans un état de choc et de panique et qu'il craignait que son épouse et son employeur apprennent

because he was suspicious of everyone with whom he spoke.

III. Decisions Below

A. *Alberta Court of Queen's Bench (Graesser J., Sitting with a Jury)*

[36] Mr. Barton was tried before a judge and jury. Crown and defence counsel assisted the trial judge in drafting his final charge to the jury outlining the legal principles to be applied. Following deliberation, the jury acquitted Mr. Barton of first degree murder and the included offence of unlawful act manslaughter.

B. *Alberta Court of Appeal (Fraser C.J.A., Watson and Martin J.J.A.), 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1*

[37] The Crown appealed Mr. Barton's acquittal and sought a new trial. It alleged four errors of law in its notice of appeal and factum before the Court of Appeal: (1) erroneous jury instructions on manslaughter; (2) erroneous jury instructions on motive; (3) the failure to hold a s. 276 hearing; and (4) erroneous jury instructions that a complainant's consent to sexual activity on a previous occasion could support the defence of honest but mistaken belief in communicated consent on a later occasion.

[38] Two interveners were granted leave to make submissions on the definition of "sexual activity" under s. 273.1(1), the procedure required under the s. 276 regime, and the meaning of "consent" from a substantive equality perspective (see 2016 ABCA 68, 37 Alta. L.R. (6th) 253, at paras. 12-13).

[39] In lengthy and detailed reasons, the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, identifying a list of errors that, in its view, each independently warranted a new trial, including: (1) erroneous jury

qu'il avait sollicité les services d'une travailleuse du sexe. Il a ajouté avoir menti parce qu'il se méfiait de tous ses interlocuteurs.

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta (le juge Graesser, siégeant avec un jury)*

[36] Monsieur Barton a subi son procès devant un juge et un jury. La procureure du ministère public et l'avocat de la défense ont aidé le juge du procès à rédiger l'exposé final aux jurés faisant état des principes juridiques applicables. À la suite des délibérations, le jury a acquitté M. Barton de l'accusation de meurtre au premier degré et de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal.

B. *Cour d'appel de l'Alberta (la juge en chef Fraser et les juges Watson et Martin), 2017 ABCA 216, 55 Alta. L.R. (6th) 1*

[37] Le ministère public a porté en appel l'acquiescement de M. Barton et a demandé la tenue d'un nouveau procès. Dans son avis d'appel et son mémoire adressé à la Cour d'appel, le ministère public a signalé quatre erreurs de droit : (1) les directives erronées données au jury sur l'homicide involontaire coupable; (2) les directives erronées données au jury sur le mobile; (3) le défaut de tenir l'audition prévue à l'art. 276; et (4) les directives erronées au jury selon lesquelles le consentement du plaignant à une activité sexuelle antérieure peut étayer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué par la suite.

[38] Deux intervenants ont reçu l'autorisation de présenter des observations sur la définition d'« activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1), la procédure prévue à l'art. 276 et le sens de « consentement » du point de vue de l'égalité réelle (voir 2016 ABCA 68, 37 Alta. L.R. (6th) 253, par. 12-13).

[39] Dans de longs motifs détaillés, la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, relevant une liste d'erreurs dont, à son avis, chacune justifiait à elle seule la tenue d'un nouveau procès, notamment :

instructions on after-the-fact conduct; (2) erroneous jury instructions on motive; (3) the failure to conduct a s. 276 hearing; (4) the failure to define the “sexual activity in question”; (5) the failure to accurately define the required elements of sexual assault (in particular, consent, honest but mistaken belief in communicated consent, and the reasonable steps requirement); and (6) the failure to define the elements of unlawful act manslaughter (namely, dangerousness and the *mens rea* of objectively foreseeable risk of bodily harm).

[40] In addition, the Court of Appeal expressed serious concern that national pattern jury charges on sexual offences contribute to stereotypes, cause persistent analytical problems in applying the law, and exacerbate inequality, leading it to recommend new pattern charges.

[41] In the result, the Court of Appeal allowed the Crown’s appeal, set aside Mr. Barton’s acquittal, and ordered a new trial on first degree murder.

[42] Mr. Barton now appeals to this Court.

IV. Issues

[43] I would state the main issues on appeal as follows:

- (1) Was Mr. Barton denied procedural fairness at the Court of Appeal?
- (2) Did the trial judge err in failing to apply the s. 276 regime, and if so, what consequences followed?
- (3) Did the trial judge err in his instructions on motive?
- (4) Did the trial judge err in his instructions on the objective fault element of unlawful act manslaughter?

(1) les directives erronées données au jury sur le comportement après le fait; (2) les directives erronées données au jury sur le mobile; (3) le défaut de tenir l’audition prévue à l’art. 276; (4) l’omission de définir l’« activité sexuelle »; (5) l’omission de bien définir les éléments requis de l’agression sexuelle (plus précisément le consentement, la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, et l’obligation relative aux mesures raisonnables); et (6) l’omission de définir les éléments constitutifs de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal (à savoir la dangerosité et la *mens rea* associées au risque objectivement prévisible de lésions corporelles).

[40] En outre, la Cour d’appel s’est dite fort préoccupée par le modèle national d’exposé fait aux jurés relativement aux infractions d’ordre sexuel qui favorise les stéréotypes, compromet constamment l’analyse et l’application des règles de droit et exacerbe les inégalités, ce qui l’a amenée à recommander l’élaboration d’un nouveau modèle d’exposé.

[41] La Cour d’appel a donc accueilli l’appel du ministère public, annulé l’acquittement de M. Barton et ordonné la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

[42] Monsieur Barton se pourvoit maintenant devant notre Cour.

IV. Les questions en litige

[43] Je formulerais ainsi les principales questions en litige dans le présent pourvoi :

- (1) La Cour d’appel a-t-elle privé M. Barton de l’équité procédurale?
- (2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n’appliquant pas le régime prévu à l’art. 276 et, dans l’affirmative, quelles en ont été les conséquences?
- (3) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives sur le mobile?
- (4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives sur l’élément de faute objective requis dans le cas de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal?

(5) Did the trial judge err in his instructions on after-the-fact conduct?

[44] If one or more error is shown, then the question becomes whether a new trial is warranted, and if so, on what charge.

V. Analysis

A. *Procedural Fairness Principles*

[45] Procedural fairness issues weave throughout Mr. Barton's submissions before this Court. Accordingly, I will first provide a brief summary of the relevant law on three sets of procedural fairness principles relied on by Mr. Barton: (1) the Crown's limited right to appeal an acquittal, (2) the requirements that must be observed by appellate courts when raising new issues, and (3) the proper scope of intervenor submissions in criminal appeals. I will then turn to the substantive issues on appeal, considering Mr. Barton's procedural arguments as they arise on an issue-by-issue basis.

(1) The Crown's Limited Right to Appeal an Acquittal

[46] In Canada, the Crown's right to appeal an acquittal is broader than in most other common law jurisdictions (see *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, at pp. 645-46; *R. v. Varga* (1994), 180 O.R. (3d) 784, at p. 792 (C.A.)). However, as I will explain, it is not without limits.

[47] Out of concerns over fairness to the accused and in particular the principle against double jeopardy, which is enshrined in s. 11(h) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the Crown is barred from securing a new trial by advancing a new theory of liability for the first time on appeal (see *Wexler v. The King*, [1939] S.C.R. 350; *Savard v. The King*, [1946] S.C.R. 20, at pp. 33-34, 37 and 49; *R. v. Penno*, [1990] 2 S.C.R. 865, at pp. 895-96; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, at p. 481). Moreover,

(5) Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans ses directives sur le comportement après le fait?

[44] Si l'existence d'une ou de plusieurs erreurs est établie, il s'agit alors de décider si la tenue d'un nouveau procès est justifiée et, si oui, sur quelle accusation.

V. Analyse

A. *Les principes d'équité procédurale*

[45] L'avocat de M. Barton soulève la question de l'équité procédurale tout au long de sa plaidoirie devant la Cour. Par conséquent, je résumerai d'abord les règles de droit applicables aux trois principes d'équité procédurale qu'invoque M. Barton : (1) le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement, (2) les exigences auxquelles doivent satisfaire les cours d'appel lorsqu'elles soulèvent de nouvelles questions, et (3) la portée que doivent avoir les observations formulées par les intervenants dans des pourvois en matière criminelle. Je passerai ensuite aux questions de fond qui se posent dans le présent pourvoi, et j'examinerai les arguments procéduraux invoqués par M. Barton au fur et à mesure que j'aborderai chaque question en litige.

(1) Le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement

[46] Au Canada, le droit du ministère public de faire appel d'un acquittement est plus large que celui prévu dans la plupart des autres pays de common law (voir *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, p. 645-646; *R. c. Varga* (1994), 180 O.R. (3d) 784, p. 792 (C.A.)). Toutefois, comme je vais l'expliquer plus loin, la portée de ce droit n'est pas illimitée.

[47] Par souci d'équité envers l'accusé, et particulièrement par souci de respecter le principe de la protection contre le double péril, consacré à l'al. 11h) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il est interdit au ministère public d'obtenir un nouveau procès en avançant une nouvelle thèse de la responsabilité en appel (voir *Wexler c. The King*, [1939] R.C.S. 350; *Savard c. The King*, [1946] R.C.S. 20, p. 33-34, 37 et 49; *R. c. Penno*, [1990] 2 R.C.S. 865, p. 895-896; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, p. 481).

as Doherty J.A. explained in *Varga*, “[d]ouble jeopardy principles suffer even greater harm where the arguments advanced on appeal contradict positions taken by the Crown at trial” (p. 793). In short, “[a] Crown appeal cannot be the means whereby the Crown puts forward a different case than the one it chose to advance at trial” (*ibid.*).

[48] However, the Crown’s failure to object to a misdirection in a jury charge does not necessarily preclude an order for a new trial (see *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658, at pp. 664-65; *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871, at pp. 875-77 and 890). In particular, the passive inadvertence of Crown counsel at trial does not waive the public interest in a verdict untainted by materially deficient jury instructions.

[49] But even so, when assessing whether an alleged error in a jury charge warrants appellate intervention, the failure to object “says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection” (*R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314, at para. 38; see also *Thériault v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 336, at pp. 343-44; *R. v. Daley*, 2007 SCC 53, [2007] 3 S.C.R. 523, at para. 58; *R. v. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187, at para. 82). This is particularly the case where counsel has specifically endorsed the instruction in question (see *Patel*, at para. 82).

(2) New Issues Raised by Appellate Courts

[50] In *R. v. Mian*, 2014 SCC 54, [2014] 2 S.C.R. 689, this Court established guidelines governing the circumstances and manner in which appellate courts may raise new issues. “[N]ew issues” are “legally and factually distinct from the grounds of appeal raised by the parties” and “cannot reasonably be said to stem from the issues as framed by the parties” (para. 30). While appellate courts enjoy jurisdiction to raise new issues, they may do so only to avert the risk of an injustice (para. 43). Where, for example, there is good reason to believe the result at

En outre, comme le juge Doherty l’a expliqué dans l’arrêt *Varga*, [TRADUCTION] « [l]e principe de la protection contre le double péril est compromis davantage lorsque les arguments plaidés en appel contredisent la thèse que soutient le ministère public au procès » (p. 793). Bref, « [l]’appel formé par le ministère public ne saurait constituer un moyen de communication d’une preuve différente que celle présentée au procès » (*ibid.*).

[48] Or, l’absence d’opposition du ministère public à une directive erronée dans l’exposé au jury ne fait pas forcément obstacle à une ordonnance de nouveau procès (voir *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658, p. 664-665; *R. c. George*, [1960] R.C.S. 871, p. 875-877 et 890). Plus précisément, l’inadvertance passive manifestée par la procureure du ministère public au procès n’écarte pas l’intérêt public au prononcé d’un verdict qui ne soit pas vicié par des directives au jury comportant des lacunes importantes.

[49] Mais même là, lorsqu’il s’agit d’évaluer si une erreur alléguée dans l’exposé au jury justifie une intervention en appel, l’absence d’opposition « est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée » (*R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314, par. 38; voir aussi *Thériault c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 336, p. 343-344; *R. c. Daley*, 2007 CSC 53, [2007] 3 R.C.S. 523, par. 58; *R. c. Patel*, 2017 ONCA 702, 356 C.C.C. (3d) 187, par. 82). Il en est particulièrement ainsi lorsque l’avocat a expressément souscrit à la directive en question (voir *Patel*, par. 82).

(2) Les nouvelles questions soulevées par les cours d’appel

[50] Dans l’arrêt *R. c. Mian*, 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689, notre Cour a établi des lignes directrices régissant les circonstances dans lesquelles les cours d’appel peuvent soulever de nouvelles questions, ainsi que la manière d’y procéder. Les « questions [. . .] nouvelles sont différentes, sur les plans juridique et factuel, des moyens d’appel soulevés par les parties [. . .] et on ne peut pas raisonnablement prétendre qu’elles découlent des questions formulées par les parties » (par. 30). Les cours d’appel ont compétence pour soulever de nouvelles questions, mais

trial would realistically have differed had the error identified by the appellate court not been made, intervention is warranted (para. 45).

[51] When an appellate court decides to raise a new issue, it must give notice to the parties and provide them with an opportunity to respond (para. 54). As a general rule, notice should be given “as soon as is practically possible after the issue crystallizes” (para. 57), and the notice must ensure the parties are sufficiently informed so they may prepare and respond (para. 54). The form of response required “will depend on the particular issue raised by the court. Counsel may wish to address the issue orally, file further written argument, or both” (para. 59). At the end of the day, “the underlying concern should be ensuring that the court receives full submissions on the new issue” (*ibid.*), and the primary considerations are the dictates of natural justice and the rule of *audi alteram partem* — the duty to hear the other side.

(3) The Proper Scope of Intervener Submissions in Criminal Appeals

[52] Finally, there is the role of interveners in criminal appeals. As stated in *R. v. Morgentaler*, [1993] 1 S.C.R. 462, “[t]he purpose of an intervention is to present the court with submissions which are useful and different from the perspective of a non-party who has a special interest or particular expertise in the subject matter of the appeal” (p. 463). In particular, interveners play a vital role in our justice system by providing unique perspectives and specialized forms of expertise that assist the court in deciding complex issues that have effects transcending the interests of the particular parties before it. These observations remain as true in the criminal context as they are in the civil context.

[53] However, interveners must not overstep their proper role, particularly in criminal appeals. In

uniquement pour éviter les situations qui risquent d’entraîner une injustice (par. 43). Par exemple, lorsqu’il existe une bonne raison de croire que l’issue du procès aurait réalitement été différente si l’erreur relevée par la cour d’appel n’avait pas été commise, l’intervention de cette dernière est justifiée (par. 45).

[51] Lorsqu’une cour d’appel décide de soulever une nouvelle question, les parties doivent en être notifiées et avoir l’occasion d’y répondre (par. 54). En règle générale, la cour d’appel doit donner avis « dès qu’il est pratiquement possible de le faire après que la question se cristallise » (par. 57), et veiller à ce que les parties en soient suffisamment informées pour qu’elles puissent se préparer et y répondre (par. 54). La forme de la réponse « dépend[r]a de la question particulière soulevée par la cour. Les procureurs voudront peut-être simplement présenter des observations orales sur le sujet, ou plutôt déposer d’autres arguments écrits ou faire les deux » (par. 59). En définitive, « l’enjeu sous-jacent est de faire en sorte que la cour reçoive des observations complètes sur la nouvelle question » (*ibid.*). Il importe avant tout de respecter la justice naturelle et la règle *audi alteram partem*, soit l’obligation d’entendre l’autre partie.

(3) La portée que doivent avoir les observations formulées par les intervenants dans des appels en matière criminelle

[52] Enfin, il reste le rôle des intervenants dans les appels en matière criminelle. Comme il est mentionné dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, [1993] 1 R.C.S. 462, « [u]ne intervention vise à saisir la cour d’allégations utiles et différentes du point de vue d’un tiers qui a un intérêt spécial ou une connaissance particulière de la question visée par la procédure d’appel » (p. 463). Plus particulièrement, les intervenants jouent un rôle crucial dans notre système de justice en apportant une perspective unique et une expertise spécialisée qui permettent à la cour de trancher des questions complexes dont les répercussions dépassent le cadre des intérêts des parties à l’instance. Il en va de même tant en ce qui concerne les affaires criminelles que les affaires civiles.

[53] Toutefois, les intervenants doivent se garder d’outrepasser leur véritable rôle, notamment dans

fairness to the accused, they must not assume the role of third-party Crown prosecutors, nor can they “widen or add to the points in issue” (*Morgentaler*, at p. 463), particularly where doing so would widen or add to the Crown’s grounds of appeal from an acquittal. Appellate courts, in turn, have a duty to enforce these principles and protect the accused’s right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter* by ensuring interveners do not stray beyond their proper — and important — role.

B. *Standard of Review for Reversible Error*

[54] In Canada, misdirection in a jury charge is an error of law from which the Crown may appeal. When considering arguments of alleged misdirection, the appellate court must review the charge as a whole from a functional perspective, asking whether the jury was properly, not perfectly, equipped to decide the case, keeping in mind that it is the substance of the charge, not adherence to a set formula, that matters (see *Jacquard*, at para. 62; *Daley*, at para. 30; *R. v. Jaw*, 2009 SCC 42, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 32; *R. v. Mack*, 2014 SCC 58, [2014] 3 S.C.R. 3, at para. 49). Alleged errors must be examined “in the context of the entire charge and of the trial as a whole” (*Jaw*, at para. 32).

C. *Section 276 and Prior Sexual Activity Evidence*

(1) A Brief History of the Section 276 Regime

[55] Historically, the *Code* did not place any specific limits on the admissibility of evidence about a complainant’s prior sexual activities or the uses to which that evidence could be put. Consequently, there was nothing stopping counsel from adducing such evidence through cross-examination of the

le cadre des appels en matière criminelle. Par souci d’équité envers l’accusé, les intervenants ne doivent pas se substituer aux procureurs du ministère public et ne peuvent pas non plus « élargir la portée des questions en litige ou [. . .] y ajouter quoi que ce soit » (*Morgentaler*, p. 463), surtout lorsqu’une telle démarche élargirait la portée des moyens d’appel invoqués par le ministère public contre un verdict d’acquiescement ou y ajouterait quelque chose. La cour d’appel, pour sa part, est tenue d’appliquer ces principes et de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable, garanti par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*, en veillant à ce que les intervenants s’en tiennent à leur rôle véritable — et important.

B. *La norme de contrôle applicable en cas d’erreur justifiant l’infirmité du verdict*

[54] Au Canada, la présence de directives erronées dans l’exposé au jury constitue une erreur de droit que le ministère public peut porter en appel. Lorsqu’elle est appelée à se prononcer sur une allégation concernant une directive erronée, la cour d’appel doit évaluer l’exposé dans son ensemble, du point de vue pratique, en se demandant si le jury a reçu des directives non pas parfaites, mais appropriées, qui lui permettaient de trancher l’affaire, tout en gardant à l’esprit que c’est la teneur de l’exposé qui compte, non le respect d’une formule consacrée (voir *Jacquard*, par. 62; *Daley*, par. 30; *R. c. Jaw*, 2009 CSC 42, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 32; *R. c. Mack*, 2014 CSC 58, [2014] 3 R.C.S. 3, par. 49). La cour d’appel doit examiner l’erreur alléguée « dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury et du déroulement général du procès » (*Jaw*, par. 32).

C. *L’article 276 et la preuve concernant le comportement sexuel antérieur*

(1) Un bref historique du régime prévu à l’art. 276

[55] Par le passé, le *Code* n’avait pas pour effet de circonscrire l’admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant ni l’utilisation de celle-ci. En conséquence, rien n’empêchait les avocats de présenter des éléments de preuve de cette nature en contre-interrogeant la plaignante et de faire

complainant and arguing, based on myths and stereotypes that were aided and abetted by the common law, that it undermined her credibility or increased the likelihood that she consented to the sexual activity in question because she had a propensity to consent (see H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (loose-leaf), at § 7:400.10). In this way, evidence of prior sexual activities was used to “blacken 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, 40 C.R. (7th) 351, at para. 79).

[56] In 1982, however, as part of a broader legislative package aimed at protecting the integrity of the person, protecting children and special groups, safeguarding public decency, and eliminating sexual discrimination, Parliament tabled the first “rape shield” provisions (see Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 77, 1st Sess., 32nd Parl., April 22, 1982, at p. 77:29).³ These provisions restricted the right of defence counsel in proceedings “in respect of” certain sexual offences to adduce evidence of a complainant’s sexual conduct on other occasions. One of the core objectives of these provisions was to debunk the “twin myths”, being the myths that “unchaste women” are (1) more likely to have consented to the sexual activity in question and (2) less worthy of belief.

[57] Almost a decade later, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, this Court struck down s. 276 of the *Code*, as it then read, which set out a blanket exclusion of sexual activity evidence subject to three exceptions. The Court determined that although the provision had the laudable goals of abolishing the

³ The term “rape shield” should be avoided for several reasons, including the fact that the relevant provisions do not offer protection against rape, apply to a number of sexual assault offences that do not involve rape, and have purposes going beyond shielding the complainant from the rigours of cross-examination (see *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 604 (per McLachlin J.) and 648 (per L’Heureux-Dubé J.)).

valoir, compte tenu des mythes et stéréotypes que la common law encourageait, que ce comportement antérieur minait sa crédibilité ou augmentait la probabilité qu’elle ait donné son consentement au comportement sexuel en question parce qu’elle avait une propension au consentement (voir H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), § 7:400.10). La preuve concernant le comportement sexuel antérieur servait ainsi à [TRADUCTION] « ternir la réputation de la plaignante, dénaturer le procès et saper la capacité du système de justice pénale de tenir un procès efficace et équitable sur des allégations de sévices sexuels » (*R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, par. 79).

[56] Or, en 1982, dans le cadre d’un ensemble de mesures législatives de large portée visant à protéger l’intégrité de la personne, les enfants et certains autres groupes, à défendre les bonnes mœurs et à enrayer la discrimination sexuelle, le législateur a déposé le premier projet de loi comprenant des dispositions sur la « protection des victimes de viol » (voir Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, n° 77, 1^{re} sess., 32^e lég., le 22 avril 1982, p. 77:29)³. Ces dispositions ont eu pour effet de restreindre le droit de la défense de présenter, dans des procédures « portant sur » certaines infractions d’ordre sexuel, une preuve relative au comportement sexuel de la plaignante à d’autres occasions. En outre, ces dispositions avaient notamment pour objectif fondamental de détruire les « deux mythes » consacrés, voulant que « les femmes de mœurs faciles » soient (1) plus susceptibles d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question et (2) moins dignes de foi.

[57] Presque dix ans plus tard, dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, notre Cour a déclaré inopérant l’art. 276 du *Code*, dans sa version en vigueur à l’époque, qui établissait une interdiction générale de présenter une preuve de comportement sexuel, assujettie à trois exceptions. La Cour a statué que, malgré son

³ Il convient d’éviter l’expression « protection des victimes de viol » pour plusieurs raisons, notamment parce que les dispositions applicables ne confèrent pas de protection contre le viol, s’appliquent à plusieurs infractions d’agression sexuelle qui ne comportent pas de viol, et visent des objectifs dont la portée dépasse la protection du plaignant contre les rigueurs du contre-interrogatoire (voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 604 (la juge McLachlin) et p. 648 (la juge L’Heureux-Dubé)).

outmoded, sexist use of sexual activity evidence, it “oversho[t] the mark and render[ed] inadmissible evidence which may be essential to the presentation of legitimate defences and hence to a fair trial” (p. 625). In its stead, the Court articulated common law principles governing the admissibility of sexual activity evidence.

[58] In the wake of *Seaboyer*, Parliament enacted a new s. 276 regime in 1992 through Bill C-49, which ushered in a suite of major reforms to the law on sexual offences in Canada (see *An Act to Amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38). The animating purposes behind this new regime, aligned with those of its predecessor, were to protect the integrity of the trial by excluding irrelevant and misleading evidence, protect the accused’s right to a fair trial, and encourage the reporting of sexual offences by protecting the security and privacy of complainants (see *Seaboyer*, at pp. 605-6; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paras. 19 and 25). It essentially codified the principles set out by this Court in *Seaboyer* (see *Darrach*, at para. 20) and established substantive rules that prevent evidence of a complainant’s sexual activities from being used for improper purposes, backed by procedural requirements designed to enforce these rules. This general framework, which survived a constitutional challenge in *Darrach*, remains in place today, albeit in amended form.

(2) The Section 276 Regime⁴

[59] Section 276(1) of the *Code* 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)

⁴ 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.

objet louable d’abolir la pratique sexiste et dépassée consistant à utiliser des preuves concernant le comportement sexuel, la disposition législative « [allait] au-delà de ce qui est nécessaire et rend[ait] inadmissibles des éléments de preuve qui peuvent être essentiels à la présentation d’une défense légitime et, partant, à la tenue d’un procès équitable » (p. 625). La Cour a formulé à la place les principes de common law régissant l’admissibilité de la preuve sur le comportement sexuel.

[58] Dans la foulée de l’arrêt *Seaboyer*, le législateur a instauré en 1992 un nouveau régime à l’art. 276 en adoptant le projet de loi C-49, qui a marqué le lancement d’une série de réformes majeures visant les infractions d’ordre sexuel au Canada (voir la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38). Les objectifs qui animaient ce nouveau régime allaient dans le sens des objectifs de son prédécesseur et visaient à protéger l’intégrité du procès en écartant la preuve non pertinente et trompeuse, à garantir le droit de l’accusé à un procès équitable et à encourager la dénonciation des infractions d’ordre sexuel en protégeant la sécurité et la vie privée des plaignants (voir *Seaboyer*, p. 605-606; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 19 et 25). Le libellé du nouvel article était essentiellement la codification des principes énoncés par la Cour dans l’arrêt *Seaboyer* (voir *Darrach*, par. 20). En outre, cette disposition établissait des règles de fond qui empêchaient d’utiliser à des fins irrégulières la preuve du comportement sexuel antérieur d’un plaignant, ainsi que d’autres dispositions qui énonçaient la procédure à suivre pour appliquer ces règles. Ce cadre général, qui a résisté à une contestation constitutionnelle dans l’arrêt *Darrach*, demeure toujours en vigueur, quoique sous une forme modifiée.

(2) Le régime établi à l’art. 276⁴

[59] Le paragraphe 276(1) du *Code* prévoit ce qui 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

⁴ Le 13 décembre 2018 marque l’entrée en vigueur de diverses modifications apportées au régime prévu à l’art. 276. Les présents motifs portent sur l’art. 276 dans sa version antérieure à cette date.

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.

[60] This section gives effect to the holding in *Seaboyer* that the “twin myths”, identified in paras. (a) and (b) respectively, “are simply not relevant at trial” and “can severely distort the trial process” (*Darrach*, at para. 33). It is “an expression of the fundamental rule that to be admissible, evidence must be relevant to a fact in issue” (*L.S.*, at para. 45), and it confirms that the twin myths simply “have no place in a rational and just system of law” (*Seaboyer*, at p. 630). These myths are “prohibited not only as a matter of social policy but also as a matter of ‘false logic’” (*R. v. Boone*, 2016 ONCA 227, 347 O.A.C. 250, at para. 37, citing *R. v. W.H.*, 2015 ONSC 3087, at para. 10 (CanLII); see also *Seaboyer*, at p. 605).

[61] However, under s. 276(2), prior sexual activity evidence⁵ adduced by or on behalf of the accused is potentially admissible for other purposes where it meets a three-fold test:

Idem

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

⁵ To be clear, s. 276(2) covers evidence of the complainant’s sexual activities both before and after the alleged offence took place. However, for convenience, I will use the language “prior sexual activity evidence” in these reasons, as there is obviously no evidence of any post-offence sexual activity in this case.

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.

[60] Cette disposition législative fait suite à la conclusion formulée dans l’arrêt *Seaboyer* selon laquelle les « deux mythes » mentionnés aux al. a) et b) « ne sont simplement pas pertinents au procès » et « peuvent dénaturer gravement » celui-ci (*Darrach*, par. 33). Elle est [TRADUCTION] « l’expression de la règle fondamentale voulant que l’admissibilité de la preuve dépende de sa pertinence relativement à un fait en cause » (*L.S.*, par. 45), et confirme que ces deux mythes « ne sauraient [tout simplement] exister à l’intérieur d’un système juridique rationnel et juste » (*Seaboyer*, p. 630). Les mythes en question sont [TRADUCTION] « prohibés non seulement sur le plan de la politique sociale mais aussi à titre d’“illogisme” » (*R. c. Boone*, 2016 ONCA 227, 347 O.A.C. 250, par. 37, citant *R. c. W.H.*, 2015 ONSC 3087, par. 10 (CanLII); voir aussi *Seaboyer*, p. 605).

[61] Cependant, au titre du par. 276(2), la preuve concernant le comportement sexuel antérieur⁵ présentée par l’accusé ou son représentant pourrait être admissible à d’autres fins si elle répond à un critère à trois volets :

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

⁵ Pour être clair, le par. 276(2) vise la preuve concernant le comportement sexuel du plaignant à la fois antérieur et postérieur à l’infraction reprochée. Or, par souci de commodité, j’utiliserai l’énoncé « preuve concernant le comportement sexuel antérieur » dans les présents motifs, car il n’est évidemment pas question de comportement sexuel postérieur en l’espèce.

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.

[62] This provision essentially mirrors the common law principles set out in *Seaboyer* (see *Darrach*, at para. 38). Importantly, it indicates that evidence of the complainant's prior sexual activity adduced by or on behalf of the accused is presumptively inadmissible unless, after the procedures set out in ss. 276.1 and 276.2 have been followed, the trial judge rules to the contrary, applying the three-fold test prescribed in s. 276(2).

[63] In making this admissibility determination, the trial judge must take into account the factors listed under 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;
- (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;

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.

[62] Cette disposition reflète essentiellement les principes de common law énoncés dans l'arrêt *Seaboyer* (voir *Darrach*, par. 38). Fait important, elle indique que la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant présentée par l'accusé ou son représentant est présumée inadmissible sauf si, au terme des procédures prévues aux art. 276.1 et 276.2 et après avoir appliqué le critère à trois volets énoncé au par. 276(2), le juge du procès décide le contraire.

[63] Pour décider si la preuve est admissible, le juge du procès doit prendre en considération les facteurs suivants 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) 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) 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.

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.

[64] In addition to providing for substantive rules governing the admissibility of prior sexual activity evidence adduced by or on behalf of the defence, the s. 276 regime contains procedural components set out in ss. 276.1 to 276.4, which include the following salient provisions. Where the accused seeks to adduce evidence of the complainant's prior sexual activities, the accused must make a written application to the court setting out (a) detailed particulars of the evidence the accused seeks to adduce, and (b) the relevance of that evidence to an issue at trial (s. 276.1(1) and (2)). Where the accused submits such an application and the trial judge is satisfied the evidence is capable of being admitted under s. 276(2), a hearing must be held (s. 276.1(4)). Both the jury and the public must be excluded from this hearing, and the complainant is not compellable (s. 276.2(1) and (2)). Following the hearing, the judge must provide reasons setting out whether any of the evidence is admissible (s. 276.2(3)). If any of the evidence is admissible, then the trial judge must instruct the jury on the purposes for which that evidence can — and *cannot* — be used (s. 276.4).

[65] Finally, a ruling on the admissibility of prior sexual activity evidence under s. 276 is not necessarily set in stone. There may be circumstances in which it would be appropriate for the trial judge to reopen a s. 276 ruling and hold a new hearing to reconsider the admissibility of prior sexual activity evidence. By way of illustration, where a complainant makes a statement to the police that prior sexual activity occurred but later contradicts that evidence in her testimony at trial, that contradictory testimony would open the door to the defence bringing a renewed s. 276 application seeking to have the prior sexual activity evidence admitted for credibility purposes (see *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (Ont. C.A.)), despite an initial ruling of inadmissibility. This is but one example. There may be other circumstances in which

[64] En plus d'instaurer les règles de fond qui régissent l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur présentée par la défense ou son représentant, le régime prévu à l'art. 276 comporte des éléments procéduraux énoncés aux art. 276.1 à 276.4, dont les plus pertinents sont présentés ci-après. Lorsqu'il veut présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant, l'accusé adresse sa demande à la cour par écrit et y énonce 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(1) et (2)). Par la suite, une fois convaincu de la possibilité d'admettre la preuve au titre du par. 276(2), le juge tient une audition (par. 276.1(4)). Le jury et le public sont exclus de l'audition et le plaignant n'est pas un témoin contraignable (par. 276.2(1) et (2)). Le juge est tenu de motiver la décision qu'il rend à la suite de l'audition, en précisant les éléments de preuve retenus (par. 276.2(3)). Le cas échéant, le juge du procès doit donner des instructions au jury quant à l'utilisation que celui-ci peut faire — ou *non* — de ces éléments de preuve (art. 276.4).

[65] Enfin, une décision sur l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur en application de l'art. 276 n'est pas nécessairement coulée dans le béton. Dans certaines circonstances, il conviendrait que le juge du procès revoit une décision fondée sur l'art. 276 et tienne une nouvelle audition pour réexaminer l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. À la seule fin d'illustrer mes propos, je note que, dans le cas où la déclaration de la plaignante faite à la police au sujet d'une activité sexuelle antérieure contredit le témoignage qu'elle donne par la suite au procès, la défense pourrait présenter une nouvelle demande fondée sur l'art. 276 en vue de faire admettre la preuve concernant le comportement sexuel antérieur pour attaquer la crédibilité (voir *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d)

it would be appropriate for the trial judge to reopen a s. 276 ruling and hold a new hearing to reconsider the admissibility of prior sexual activity evidence.

(3) Proceedings Below

[66] Turning to the case at hand, in its opening address to the jury, the Crown referred to Ms. Gladue as a “prostitute” and explained that she and Mr. Barton “struck a working relationship” on the night before her death (A.R., vol. III, p. 13). In addition, without submitting an application under s. 276.1(1) and (2) of the *Code*, Mr. Barton testified at length about his sexual activity with Ms. Gladue on the night prior to her death. The Crown did not object, nor did the trial judge order a separate hearing to consider the admissibility and permissible uses of this evidence. Consequently, the evidence went to the jury unedited and without a detailed limiting instruction.

[67] The Court of Appeal found this to be a serious error. It concluded that the failure to comply with the s. 276 regime led to reversible misdirection in the jury charge on the permissible uses of prior sexual activity evidence and the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. It held that this error warranted a new trial on first degree murder.

(4) Procedural Fairness Argument

[68] Mr. Barton submits that as a matter of procedural fairness, the s. 276 issue was not properly raised before the Court of Appeal. Respectfully, I disagree. While the Crown did not object to Mr. Barton’s testimony about Ms. Gladue’s prior sexual activity, in my view, its failure to do so was not fatal. The ultimate responsibility for enforcing compliance with

498 (C.A. Ont.)), malgré la décision initiale portant irrecevabilité de cette preuve. Il ne s’agit que d’un exemple. Il pourrait y avoir d’autres circonstances où il y aurait lieu pour le juge du procès de revoir une décision fondée sur l’art. 276 et de tenir une nouvelle audition afin de réexaminer l’admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur.

(3) Les instances inférieures

[66] En l’espèce, dans son exposé introductif en anglais au jury, le ministère public a qualifié M^{me} Gladue de « *prostitute* », expliquant qu’elle avait établi avec M. Barton [TRADUCTION] « des rapports lucratifs » la nuit précédant son décès (d.a., vol. III, p. 13). En outre, sans présenter de demande au titre des par. 276.1(1) et (2) du *Code*, M. Barton a longuement témoigné de l’activité sexuelle à laquelle il s’était livré en compagnie de M^{me} Gladue la nuit précédant le décès de cette dernière. Le ministère public ne s’y est pas opposé. Le juge du procès n’a pas non plus ordonné la tenue d’une audition distincte sur l’admissibilité de cette preuve et sur l’utilisation qui pouvait en être faite. En conséquence, cette preuve a été soumise au jury dans sa version intégrale, sans faire l’objet d’une directive restrictive détaillée.

[67] La Cour d’appel a estimé qu’il s’agissait d’une grave erreur, concluant que l’omission de se conformer au régime de l’art. 276 avait entraîné, dans l’exposé fait au jury sur l’utilisation pouvant être faite de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur et de la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, une directive erronée justifiant l’infirmité du verdict. La Cour d’appel a statué que l’erreur en question justifiait la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

(4) L’argument relatif à l’équité procédurale

[68] Monsieur Barton soutient que, s’agissant de l’équité procédurale, la question relative à l’art. 276 n’a pas été régulièrement soulevée devant la Cour d’appel. Avec égards, je ne suis pas d’accord. Le ministère public ne s’est pas opposé au témoignage de M. Barton à propos du comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue, mais son omission n’était pas, à

the mandatory s. 276 regime lies squarely with the trial judge, not with the Crown. After all, it is the trial judge, not the Crown, who is the gatekeeper in a criminal trial. Moreover, I simply cannot accept that a complainant's dignity, equality, and privacy rights, which the s. 276 regime is meant to protect, may be waived by mere Crown inadvertence. There is nothing in the record suggesting that the Crown made a deliberate attempt to avoid the application of the s. 276 regime, and indeed it had no reason to. It certainly gained no tactical advantage as a result of non-compliance — quite the opposite. And in any event, given the important objectives underlying s. 276, the Crown should refrain from commenting on a complainant's prior sexual history unless necessary.

[69] Having settled the procedural fairness aspect of the s. 276 issue, I turn to its substance.

(5) The Applicability of the Section 276 Regime

[70] The first substantive issue is one of scope: Can the s. 276 regime apply in a case where the offence charged — here, murder under ss. 231(5)(c) and 235(1) — is not one of the offences listed in s. 276(1)?

[71] This issue raises a question of statutory interpretation. The modern approach to statutory interpretation provides 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” (E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, as cited in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

[72] Beginning with the text, the opening words of s. 276(1) and (2) — proceedings “in respect of” a listed offence — are “of the widest possible scope” and are “probably the widest of any expression

mon avis, fatale. C’est au juge du procès qu’il revient en définitive de faire respecter le régime obligatoire de l’art. 276, et non au ministère public. Après tout, c’est le juge du procès, et non le ministère public, qui est le gardien de la loi dans un procès criminel. De plus, je ne puis tout simplement admettre que les droits de la plaignante à la dignité, à l’égalité et à la vie privée, que le régime de l’art. 276 vise à protéger, sont susceptibles de renonciation par simple inadvertance de la part du ministère public. Rien dans le dossier ne porte à croire que le ministère public a délibérément essayé d’écarter l’application du régime de l’art. 276 et, d’ailleurs, il n’avait aucune raison d’agir ainsi. Il n’avait certainement aucun avantage à en retirer d’un point de vue stratégique, bien au contraire. En tout état de cause, vu les objectifs importants qui sous-tendent l’art. 276, le ministère public devrait s’abstenir de commenter les antécédents sexuels du plaignant, sauf en cas de nécessité.

[69] Ayant tranché l’élément « équité procédurale » de la question relative à l’art. 276, je passe au fond de cette question.

(5) L’applicabilité du régime de l’art. 276

[70] La première question de fond qui se pose en l’espèce concerne la portée : Le régime de l’art. 276 peut-il s’appliquer dans un cas où l’infraction reprochée — en l’occurrence le meurtre au sens de l’al. 231(5)c) et du par. 235(1) — ne figure pas parmi les infractions énumérées au par. 276(1)?

[71] Cette question porte sur l’interprétation législative. Selon la méthode moderne en la matière, [TRADUCTION] « 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 » (E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), p. 87, cité dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21).

[72] D’emblée, au début des par. 276(1) et (2) — « [d]ans les poursuites pour une infraction » — la préposition « pour » a « la portée la plus large possible [. . .] Parmi toutes les expressions qui servent

intended to convey some connection between two related subject matters” (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39). These words import such meanings as “in relation to”, “with reference to”, or “in connection with” (*ibid.*).

[73] Parliament would not have chosen this exceptionally broad language if it intended to limit the application of the s. 276 regime to proceedings in which a listed offence was expressly charged. Narrower language such as “in a prosecution for” a listed offence or “where a person is charged with” a listed offence was equally available. Yet Parliament declined to adopt those narrower formulations and instead chose a much broader one. That choice must be given effect.

[74] Turning to purpose, the s. 276 regime’s objects — which include protecting the integrity of the trial by excluding irrelevant and misleading evidence, protecting the accused’s right to a fair trial, and encouraging the reporting of sexual offences by protecting the security and privacy of complainants (see *Seaboyer*, at pp. 605-6; *Darrach*, at paras. 19 and 25) — are fundamental. Giving the s. 276 regime a broad, generous interpretation that does not unduly restrict the regime’s scope of application would best achieve these objects.

[75] Moreover, imposing a rigid requirement that a listed offence must be expressly charged before the s. 276 regime can apply would put form over substance. The regime’s applicability would turn on the way in which the prosecutor drafts the charging document, not on whether, in substance, a listed offence is implicated in the proceeding. If a listed offence is implicated in the proceeding, surely it makes no difference that the Crown did not particularize that offence in the charging document.

[76] With these points in mind, I am of the view that the s. 276 regime applies to any proceeding in which an offence listed in s. 276(1) has some

à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c’est probablement l’expression [. . .] qui est la plus large » (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, p. 39). Cette préposition signifie entre autres « concernant », « relativement à » ou « par rapport à » (*ibid.*).

[73] Le législateur n’aurait pas opté pour cette formulation exceptionnellement large s’il avait eu l’intention de restreindre l’application du régime de l’art. 276 aux poursuites pour une infraction énumérée, expressément reprochée. Il lui était également loisible d’opter pour une formulation plus étroite, par exemple « dans une poursuite » pour une infraction énumérée ou « dans le cas d’une personne inculpée » d’une infraction énumérée. Or, le législateur a refusé d’adopter ces énoncés de portée plus restreinte, choisissant plutôt une formulation plus large, à laquelle il faut donner effet.

[74] En ce qui concerne les objectifs du régime prévu à l’art. 276, protéger l’intégrité du procès en excluant les éléments de preuve non pertinents et trompeurs, protéger le droit de l’accusé à un procès équitable et encourager la dénonciation des infractions d’ordre sexuel en protégeant la sécurité et la vie privée des plaignants (voir *Seaboyer*, p. 605-606; *Darrach*, par. 19 et 25), sont tous des éléments incontournables. Une interprétation large et généreuse du régime de l’art. 276 qui ne restreint pas indûment son champ d’application permettrait de mieux atteindre ces objectifs.

[75] Par ailleurs, en imposant l’exigence stricte que l’application du régime de l’art. 276 soit assujettie à l’inculpation expresse d’une infraction énumérée, on ferait primer la forme sur le fond. L’applicabilité de ce régime dépendrait ainsi de la façon dont la poursuite rédige le document d’inculpation, et non de la question de savoir si une infraction énumérée entre vraiment en jeu dans l’instance. Le cas échéant, il n’importe sans doute pas que le ministère public n’ait pas mentionné cette infraction dans le document d’accusation.

[76] Eu égard à ce qui précède, j’estime que le régime de l’art. 276 s’applique à toute poursuite où il existe un lien entre l’infraction reprochée et une

connection to the offence charged, even if no listed offence was particularized in the charging document. For example, this broad relational test would be satisfied where the listed offence is the predicate offence for the offence charged or an included offence of the offence charged.

[77] In Mr. Barton’s case, the s. 276 regime was engaged because the offence charged, first degree murder under ss. 231(5)(c) and 235(1), was premised on sexual assault with a weapon contrary to s. 272, which is an offence listed in s. 276(1). That alone was sufficient to engage the s. 276 regime.

[78] In this case, it is plain that the proceeding implicated an offence listed in s. 276(1). However, that will not always be the case. With that in mind, going forward, where there is uncertainty about whether the s. 276 regime applies to the proceeding in question, the trial judge should raise that issue with the parties at the earliest opportunity and, after giving the parties the opportunity to make submissions, issue a ruling on the matter. If the trial judge holds that the s. 276 regime applies, then the defence may require an adjournment to prepare the necessary application under s. 276.1(1) and (2) to have the proposed evidence admitted.

[79] The foregoing analysis points to the conclusion that Mr. Barton’s testimony about Ms. Gladue’s sexual activity on the night before her death was subject to the s. 276 regime. However, Mr. Barton stresses that s. 276(2) applies only in respect of “evidence . . . adduced by or on behalf of the accused” and submits that the s. 276 regime therefore does not apply to evidence adduced by or on behalf of the Crown. Based on this premise, he maintains that by referring to Ms. Gladue as a “prostitute” in its opening address and explaining that she and Mr. Barton “struck a working relationship” on the night before her death, the Crown opened the door to wholesale admission of Mr. Barton’s evidence about Ms. Gladue’s past sexual activities, without having to first sift that evidence through the s. 276 filter. He also says that the Crown’s questioning of witnesses about Ms. Gladue’s relationship with him, and about his question to his colleague about

infraction énumérée au par. 276(1), même si le document d’inculpation n’en fait aucunement mention. Par exemple, il serait satisfait à ce critère relationnel large si l’infraction énumérée était une infraction sous-jacente à l’infraction reprochée ou incluse dans celle-ci.

[77] Dans le cas de M. Barton, le régime de l’art. 276 entrainait en jeu parce que l’infraction reprochée, le meurtre au premier degré visé à l’al. 231(5)c) et au par. 235(1), découlait d’une agression sexuelle armée contraire à l’art. 272, soit une des infractions énumérées au par. 276(1). Ce facteur justifiait à lui seul l’application du régime de l’art. 276.

[78] En l’espèce, il est manifeste que la poursuite porte sur une infraction énumérée au par. 276(1). Or, il n’en est pas toujours ainsi. Gardant cela à l’esprit, à l’avenir, en cas de doute quant à l’application du régime de l’art. 276 à l’instance en cause, le juge du procès devrait en informer les parties à la première occasion et, après avoir donné à celles-ci la possibilité de présenter des observations à cet égard, il doit trancher la question. Si le juge du procès conclut à l’application du régime de l’art. 276, la défense peut demander un ajournement pour préparer la demande à déposer au titre des par. 276.1(1) et (2) en vue de faire admettre la preuve proposée.

[79] L’analyse qui précède porte à conclure que le témoignage de M. Barton sur le comportement sexuel de M^{me} Gladue la veille de sa mort était assujéti au régime de l’art. 276. M. Barton souligne cependant que le par. 276(2) ne s’applique qu’à [TRADUCTION] « la preuve [. . .] présentée par l’accusé ou son représentant » et fait valoir que le régime de l’art. 276 n’est donc pas applicable à la preuve présentée par le ministère public ou son représentant. Sur la foi de cette prémisse, M. Barton soutient qu’en qualifiant M^{me} Gladue de « *prostitute* » dans son exposé introductif et en expliquant qu’elle et lui avaient [TRADUCTION] « établi des rapports lucratifs » la nuit précédant la mort de M^{me} Gladue, le ministère public a ouvert la porte à l’admissibilité de l’ensemble de son témoignage concernant le comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue, sans avoir à passer au préalable par le filtre de l’art. 276. M. Barton ajoute que l’interrogatoire des témoins mené par le ministère

whether he wanted a “piece” of Ms. Gladue, had the same effect.

[80] Respectfully, I cannot agree. First, s. 276(1), which confirms the irrelevance of the “twin myths”, is categorical in nature and applies irrespective of which party has led the prior sexual activity evidence. Thus, regardless of the evidence adduced by the Crown, Mr. Barton’s evidence was inadmissible to support either of the “twin myths”. Moving to s. 276(2), while it is true that this provision applies only in respect of “evidence . . . adduced by or on behalf of the accused”, the common law principles articulated in *Seaboyer* speak to the general admissibility of prior sexual activity evidence. Given that the reasoning dangers inherent in prior sexual activity evidence are potentially present regardless of which party adduces the evidence, trial judges should follow this Court’s guidance in *Seaboyer* to determine the admissibility of Crown-led prior sexual activity evidence in a *voir dire* (see pp. 633-36).

[81] However, the limited information conveyed in the Crown’s opening address did not, in my view, exclude s. 276(2)’s application to Mr. Barton’s detailed testimony about Ms. Gladue’s sexual activity on the night before her death, which went well beyond the basic narrative recounted by the Crown. Nor did the Crown’s limited questioning of witnesses on Ms. Gladue’s relationship with Mr. Barton and Mr. Barton’s question to his colleague about whether he wanted a “piece” of Ms. Gladue have this effect. These were mere drops in the expansive pool of information Mr. Barton flooded the jury with through his testimony. In short, the Crown did not give him a “free pass” and cloak his evidence with immunity from the s. 276 regime.

public au sujet de ses rapports avec M^{me} Gladue et de la question qu’il avait posée à son collègue, à savoir s’il voulait lui aussi [TRADUCTION] « s’amuser » avec M^{me} Gladue, a eu le même effet.

[80] Soit dit en tout respect, je ne peux souscrire à cette argumentation. Tout d’abord, le par. 276(1), qui confirme le manque de pertinence des « deux mythes », est catégorique de par sa nature et s’applique indépendamment de la partie qui présente la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. Donc, sans égard à la preuve présentée par le ministère public, le témoignage de M. Barton ne pouvait être admis à l’appui de l’un ou l’autre de ces « deux mythes ». Ensuite, pour ce qui est du par. 276(2), il est vrai que cette disposition ne s’applique qu’à la preuve présentée par « l’accusé ou son représentant », mais les principes de common law énoncés dans l’arrêt *Seaboyer* portent sur l’admissibilité générale de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. Compte tenu des risques liés au raisonnement qui sont inhérents dans le cas de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur, quelle que soit la partie qui présente la preuve, le juge du procès devrait s’inspirer de l’arrêt *Seaboyer* et tenir un *voir-dire* sur l’admissibilité de la preuve présentée par le ministère public au sujet du comportement sexuel antérieur (voir p. 633-636).

[81] Pourtant, le peu d’information véhiculée par le ministère public dans son exposé introductif n’a pas eu pour effet, à mon avis, d’écarter l’application du par. 276(2) au témoignage détaillé de M. Barton au sujet de l’activité sexuelle à laquelle s’était livrée M^{me} Gladue la veille de sa mort, témoignage qui est allé bien au-delà de l’exposé des faits essentiels présenté par le ministère public. Les questions adressées par le ministère public aux témoins sur les rapports de M^{me} Gladue avec M. Barton et la question posée par M. Barton à son collègue, à savoir s’il voulait lui aussi « s’amuser » avec M^{me} Gladue, n’ont pas eu non plus cet effet. Il ne s’agissait que de simples gouttes dans la mare d’information dont M. Barton a inondé le jury durant son témoignage. Bref, le ministère public n’a pas donné à ce dernier un « passe-droit » ni n’a mis sa déposition à l’abri du régime de l’art. 276.

[82] It follows that before adducing evidence of Ms. Gladue's sexual activity on the night before her death, Mr. Barton was required to make an application under s. 276.1(1) and (2). Similarly, the trial judge was required to determine whether that evidence was capable of being admitted under s. 276(2) and, if so, hold an *in camera* hearing to determine the admissibility of that evidence (ss. 276.1(4), 276.2(1) and 276.2(2)). Following the issuance of reasons (s. 276.2(3)), if any of the evidence was deemed admissible, then the trial judge would have been required to issue a detailed instruction to the jury identifying the purposes for which the evidence could — and *could not* — be used (s. 276.4).

[83] Yet none of these requirements was observed. While this non-compliance may have been advantageous to Mr. Barton, as his evidence was shielded from scrutiny under the s. 276 regime, it came at the expense of Ms. Gladue's dignity and privacy (which continued despite her death), the truth-seeking process, and trial fairness, which must be assessed “from both the perspective of the accused and of society more broadly” (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 22 (emphasis added)). As this Court stated in *Darrach*, an accused does not have the right “to adduce misleading evidence to support illegitimate inferences” and thereby “distort the truth-seeking function of the trial process” (para. 37, citing *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 74).

[84] Finally, since the procedural requirements under ss. 276.1 to 276.4 were not observed, I am of the view that it would be both unwise and practically unworkable for this Court to speculate about what prior sexual activity evidence would have been admitted, and for what purposes, had a s. 276 hearing been held. However, assuming without deciding that at least some of Mr. Barton's evidence was admissible, a careful limiting instruction was essential to instruct the jury on the permissible and impermissible uses of that evidence. Because that did not happen, the jury was left adrift in a sea of dangerous and impermissible inferences.

[82] Par conséquent, avant de présenter une preuve concernant le comportement sexuel de M^{me} Gladue la veille de sa mort, M. Barton était tenu de déposer une demande en application des par. 276.1(1) et (2). Dans la même veine, le juge du procès devait établir si la preuve était admissible au titre du par. 276(2) et, le cas échéant, tenir une audition à huis clos pour décider effectivement de l'admissibilité de la preuve (par. 276.1(4), 276.2(1) et 276.2(2)). Après avoir motivé sa décision (par. 276.2(3)), si tout ou partie de la preuve était admissible, le juge du procès devait donner des directives détaillées au jury quant à l'utilisation que celui-ci pouvait faire — ou *non* — de cette preuve (art. 276.4).

[83] Or, aucune de ces exigences n'a été respectée. Bien que ce non-respect ait pu tourner à l'avantage de M. Barton, puisque son témoignage échappait à l'examen au regard du régime de l'art. 276, il portait atteinte à la dignité et à la vie privée de M^{me} Gladue (lesquels subsistent encore malgré sa mort), ainsi qu'à la fonction de recherche de la vérité et au caractère équitable du procès, qui doit être évalué « tant du point de vue de l'accusé que de celui de la société dans son ensemble » (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 22 (je souligne)). Comme l'a affirmé notre Cour dans l'arrêt *Darrach*, l'accusé n'a pas le droit « de produire des éléments de preuve trompeurs pour étayer des déductions illégitimes » et par le fait même « de fausser la fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire » (par. 37, citant *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 74).

[84] Enfin, puisque les exigences procédurales prévues aux art. 276.1 à 276.4 n'ont pas été respectées, j'estime qu'il serait à la fois malavisé et pratiquement impossible pour notre Cour de formuler des hypothèses sur quels éléments de preuve concernant le comportement sexuel antérieur auraient été admis, et à quelles fins, si l'audition avait été tenue en application de l'art. 276. Toutefois, à supposer, sans en décider, qu'au moins une partie du témoignage présenté par M. Barton était admissible, une directive restrictive minutieuse était nécessaire pour guider le jury quant à l'utilisation que celui-ci pouvait faire ou non de cette déposition. En l'absence d'une telle directive, le jury a été laissé à la dérive dans une mer d'inférences périlleuses et inacceptables.

[85] Further, as I will develop, the failure to observe the requirements of the s. 276 regime had ripple effects, most acutely in the instructions on the defence that is commonly associated with s. 276: the defence of honest but mistaken belief in communicated consent (see *Darrach*, at para. 59).

D. *Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent*

(1) Legal Principles

[86] One of the ways in which an accused may respond to a charge of sexual assault is to rely on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. To lay the foundation for the analysis that follows, it will first be useful to briefly review several key principles relating to this defence, namely: (a) the role consent plays in the sexual assault analysis, (b) the necessity of having a belief in *communicated* consent in order to raise the relevant defence, (c) mistakes of law, and (d) the reasonable steps requirement. I will address these four points in turn.

(a) *The Role of Consent in the Sexual Assault Analysis*

[87] A conviction for sexual assault, like any other true crime, requires that the Crown prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the *actus reus* and had the necessary *mens rea*. A person commits the *actus reus* of sexual assault “if he touches another person in a sexual way without her consent” (*R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at para. 23). The *mens rea* consists of the “intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched” (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 42).

[88] “Consent” is defined in s. 273.1(1) of the *Code* as “the voluntary agreement of the complainant to

[85] En outre, comme je l’explique plus loin, le défaut d’observer les exigences du régime de l’art. 276 a eu un effet d’entraînement, surtout dans les directives données sur le moyen de défense couramment associé à l’art. 276 : la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué (voir *Darrach*, par. 59).

D. *Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué*

(1) Les principes juridiques

[86] La croyance sincère mais erronée au consentement communiqué fait partie des moyens que l’accusé peut invoquer à sa défense contre une accusation d’agression sexuelle. Pour jeter les bases de l’analyse qui suit, il sera d’abord utile d’examiner brièvement plusieurs grands principes en la matière, à savoir : a) le rôle que joue le consentement dans l’analyse relative à l’agression sexuelle, b) la nécessité d’avoir une croyance au consentement *communiqué* pour pouvoir invoquer le moyen de défense pertinent, c) les erreurs de droit, et d) l’obligation relative aux mesures raisonnables. Je vais aborder ces éléments à tour de rôle.

a) *Le rôle que joue le consentement dans l’analyse relative à l’agression sexuelle*

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

[88] Le « consentement » est défini au par. 273.1(1) du *Code* comme « l’accord volontaire du plaignant à

engage in the sexual activity in question”.⁶ It is the “conscious agreement of the complainant to engage in every sexual act in a particular encounter” (*J.A.*, at para. 31), and it must be freely given (see *Ewanchuk*, at para. 36). This consent must exist at the time the sexual activity in question occurs (*J.A.*, at para. 34, citing *Ewanchuk*, at para. 26), and it can be revoked at any time (see *Code*, s. 273.1(2)(e); *J.A.*, at paras. 40 and 43). Further, as s. 273.1(1) makes clear, “consent” is not considered in the abstract. Rather, it must be linked to the “sexual activity in question”, which encompasses “the specific physical sex act”, “the sexual nature of the activity”, and “the identity of the partner”, though it does not include “conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases” (*R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at paras. 55 and 57).

[89] Consent is treated differently at each stage of the analysis. For purposes of the *actus reus*, “consent” means “that the complainant in her mind wanted the sexual touching to take place” (*Ewanchuk*, at para. 48). Thus, at this stage, the focus is placed squarely on the complainant’s state of mind, and the accused’s perception of that state of mind is irrelevant. Accordingly, if the complainant testifies that she did not consent, and the trier of fact accepts this evidence, then there was no consent — plain and simple (see *Ewanchuk*, at para. 31). At this point, the *actus reus* is complete. The complainant need not *express* her lack of consent, or revocation of consent, for the *actus reus* to be established (see *J.A.*, at para. 37).

l’activité sexuelle »⁶. Il s’agit de « l’accord volontaire du plaignant à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise » (*J.A.*, par. 31), et il doit être donné librement (voir *Ewanchuk*, par. 36). Le consentement doit être manifesté au moment où l’activité sexuelle a lieu (*J.A.*, par. 34, citant *Ewanchuk*, par. 26) et peut être révoqué à tout moment (voir l’al. 273.1(2)e du *Code*; *J.A.*, par. 40 et 43). De plus, comme il est énoncé clairement au par. 273.1(1), le « consentement » n’est pas examiné dans l’abstrait. Il vise plutôt l’« activité sexuelle », qui englobe « l’acte sexuel physique précis », « la nature sexuelle de l’acte » et « l’identité précise du partenaire », mais ne vise pas « les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de maladies transmissibles sexuellement » (*R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 55 et 57).

[89] La notion de « consentement » diffère selon l’étape de l’analyse. Pour les besoins de l’*actus reus*, la notion de « consentement » signifie que « dans son esprit, la plaignante souhaitait que les attouchements sexuels aient lieu » (*Ewanchuk*, par. 48). Donc, à ce stade, l’accent est mis sans détour sur l’état d’esprit de la plaignante, alors que la perception que l’accusé avait de cet état d’esprit n’entre pas en jeu. Par conséquent, si la plaignante témoigne qu’elle n’a pas consenti et que le juge des faits accepte son témoignage, il n’y a tout simplement pas eu consentement (voir *Ewanchuk*, par. 31). À cette étape, l’analyse de l’*actus reus* est terminée. Pour que l’*actus reus* soit établi, point n’est besoin que la plaignante ait *manifesté* l’absence de consentement ou la révocation de son consentement (voir *J.A.*, par. 37).

⁶ Section 273.1(2) adds that no consent is obtained where:

- (a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;
- (b) the complainant is incapable of consenting to the activity;
- (c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;
- (d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or
- (e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

Section 273.1(3) clarifies that these provisions do not limit the circumstances in which no consent is obtained.

⁶ De plus, le par. 273.1(2) indique que le consentement du plaignant ne se déduit pas des cas où :

- a) l’accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d’un tiers;
- b) il est incapable de le former;
- c) l’accusé l’incite à l’activité par abus de confiance ou de pouvoir;
- d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité;
- e) après avoir consenti à l’activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci.

Le paragraphe 273.1(3) précise que les dispositions susmentionnées n’ont pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne se déduit pas.

[90] For purposes of the *mens rea*, and specifically for purposes of the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, “consent” means “that the complainant had affirmatively communicated by words or conduct her agreement to engage in [the] sexual activity with the accused” (*Ewanchuk*, at para. 49). Hence, the focus at this stage shifts to the mental state of the accused, and the question becomes whether the accused honestly believed “the complainant effectively said ‘yes’ through her words and/or actions” (*ibid.*, at para. 47).

(b) *The Necessity of Having an Honest Belief in Communicated Consent*

[91] This Court has consistently referred to the relevant defence as being premised on an “honest but mistaken belief in consent” (see, e.g., *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 1; *Ewanchuk*, at para. 43; *Darrach*, at para. 51; *R. v. Cinous*, 2002 SCC 29, [2002] 2 S.C.R. 3, at para. 57; *R. v. Gunning*, 2005 SCC 27, [2005] 1 S.C.R. 627, at para. 32; *J.A.*, at para. 24), and the *Code* itself refers to the accused’s “belief in consent” (s. 273.2(b) (heading)). However, this Court’s jurisprudence is clear that in order to make out the relevant defence, the accused must have an honest but mistaken belief that the complainant actually *communicated* consent, whether by words or conduct (see *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at paras. 39 and 43-44 (per L’Heureux-Dubé J.); *Ewanchuk*, at para. 46; *J.A.*, at paras. 37, 42 and 48). As L’Heureux-Dubé J. stated in *Park*, “[a]s a practical matter, therefore, the principal considerations that are relevant to this defence are (1) the complainant’s actual communicative behaviour, and (2) the totality of the admissible and relevant evidence explaining how the accused perceived that behaviour to communicate consent. Everything else is ancillary” (para. 44 (emphasis in original)).

[92] Therefore, in my view, it is appropriate to refine the judicial lexicon and refer to the defence more accurately as an “honest but mistaken belief in *communicated* consent”. This refinement is intended to focus all justice system participants on the crucial question of *communication* of consent and avoid

[90] Pour les besoins de la *mens rea*, particulièrement pour l’application de la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, la notion de « consentement » signifie « que la plaignante avait, par ses paroles ou son comportement, manifesté son accord à l’activité sexuelle avec l’accusé » (*Ewanchuk*, par. 49). Par conséquent, l’analyse porte à cette étape sur l’état d’esprit de l’accusé; la question est alors de savoir si l’accusé croyait sincèrement « que le plaignant avait vraiment dit “oui” par ses paroles, par ses actes, ou les deux » (*ibid.*, par. 47).

b) *La nécessité d’avoir une croyance sincère au consentement communiqué*

[91] Notre Cour a constamment affirmé que le moyen de défense pertinent est fondé sur la « croyance sincère mais erronée au consentement » (voir, p. ex., *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, par. 1; *Ewanchuk*, par. 43; *Darrach*, par. 51; *R. c. Cinous*, 2002 CSC 29, [2002] 2 R.C.S. 3, par. 57; *R. c. Gunning*, 2005 CSC 27, [2005] 1 R.C.S. 627, par. 32; *J.A.*, par. 24). Le *Code* lui-même renvoie à la « croyance [de l’accusé] au consentement » (l’al. 273.2b) (l’intertitre)). Or, il ressort de la jurisprudence de notre Cour que, pour établir la défense pertinente, l’accusé doit faire état d’une croyance sincère mais erronée que la plaignante a, en fait, *communiqué* son consentement, par ses paroles ou par ses actes (voir *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 39 et 43-44 (la juge L’Heureux-Dubé); *Ewanchuk*, par. 46; *J.A.*, par. 37, 42 et 48). Comme l’a dit la juge L’Heureux-Dubé dans l’arrêt *Park*, « [e]n pratique, les principaux facteurs pertinents quant à ce moyen de défense sont donc (1) le comportement communicatif proprement dit de la plaignante et (2) l’ensemble des éléments de preuve admissibles et pertinents qui expliquent comment l’accusé a perçu ce comportement comme exprimant un consentement. Tout le reste est secondaire » (par. 44 (souligné dans l’original)).

[92] J’estime donc qu’il convient d’affiner la terminologie juridique en désignant le moyen de défense avec plus de précision par l’expression « croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué* », qui doit faire en sorte que tous les intervenants du système de justice mettent l’accent sur la

inadvertently straying into the forbidden territory of assumed or implied consent.

[93] Focusing on the accused's honest but mistaken belief in the *communication* of consent has practical consequences. Most significantly, in seeking to rely on the complainant's prior sexual activities in support of a defence of honest but mistaken belief in communicated consent, the accused must be able to explain how and why that evidence informed his honest but mistaken belief that she *communicated* consent to the sexual activity in question at the time it occurred (see S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), at § 16:20.50.30). For example, in some cases, prior sexual activities may establish legitimate expectations about how consent is communicated between the parties, thereby shaping the accused's perception of communicated consent to the sexual activity in question at the time it occurred. American scholar Michelle Anderson puts it this way: “. . . prior negotiations between the complainant and the defendant regarding the specific acts at issue or customs and practices about those acts should be admissible. These negotiations, customs, and practices between the parties reveal their legitimate expectations on the incident in question” (M. J. Anderson, “Time to Reform Rape Shield Laws: Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armour” (2004), 19 *Crim. Just.* 14, at p. 19, cited in Hill, Tanovich and Strezos, at § 16:20.50.30). These “negotiations” would not, however, include an agreement involving broad advance consent to any and all manner of sexual activity. As I will explain, a belief that the complainant gave broad advance consent to sexual activity of an undefined scope will afford the accused no defence, as that belief is premised on a mistake of law, not fact.

[94] However, great care must be taken not to slip into impermissible propensity reasoning (see *Seaboyer*, at p. 615). The accused cannot rest his defence on the false logic that the complainant's prior sexual activities, by reason of their sexual nature, made her more likely to have consented to the sexual

question vitale de la *communication* du consentement et évitent de s'aventurer, par inadvertance, sur le terrain interdit du consentement présumé ou tacite.

[93] L'insistance sur la croyance sincère mais erronée de l'accusé à la *communication* du consentement a des conséquences pratiques. Avant tout, en cherchant à invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante pour appuyer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, l'accusé doit pouvoir expliquer comment et pourquoi cette preuve venait renforcer sa croyance sincère mais erronée au consentement *communiqué* donné par la plaignante à l'activité sexuelle au moment où elle a eu lieu (voir S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5^e éd. (feuilles mobiles)), § 16:20.50.30). Dans certains cas, par exemple, le comportement sexuel antérieur peut établir l'existence d'une attente légitime quant à la façon dont le consentement est communiqué entre les parties, influant ainsi sur la perception qu'a l'accusé du consentement communiqué à l'activité sexuelle lorsqu'elle a eu lieu. La juriste américaine Michelle Anderson affirme : [TRADUCTION] « . . . les négociations antérieures entre le plaignant et l'accusé concernant les actes précis en cause ou les coutumes et les pratiques en la matière devraient être admissibles. Ces négociations, coutumes et pratiques intervenues entre les parties révèlent leur attente légitime quant à l'incident en question » (M. J. Anderson, « Time to Reform Rape Shield Laws : Kobe Bryant Case Highlights Holes in the Armour » (2004), 19 *Crim. Just.* 14, p. 19, cité dans Hill, Tanovich et Strezos, § 16:20.50.30). Les « négociations » ne comprennent cependant pas l'entente sur un consentement général donné à l'avance à toute forme d'activité sexuelle. Comme je l'explique ci-après, la croyance que la plaignante a donné son consentement général à l'avance à une activité sexuelle non définie ne saurait être invoquée comme moyen de défense, vu qu'elle repose sur une erreur de droit, non de fait.

[94] Toutefois, il faut bien se garder d'adopter un raisonnement inacceptable quant à la propension (voir *Seaboyer*, p. 615). L'accusé ne saurait fonder sa défense sur la logique défectueuse que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de par sa nature, rendait cette dernière davantage susceptible

activity in question, and on this basis he believed she consented. This is the first of the “twin myths”, which is prohibited under s. 276(1)(a) of the *Code*.

(c) *Mistakes of Law*

[95] A mistake of fact defence operates where the accused mistakenly perceived facts that negate, or raise a reasonable doubt about, the fault element of the offence (see *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, at p. 148, per Dickson J. (dissenting, but not on this point)). Honest but mistaken belief in communicated consent falls within this category of defences (see *Ewanchuk*, at paras. 42-43; *J.A.*, at para. 48).

[96] But the law draws a distinction between mistakes of *fact* and mistakes of *law*. As a general rule, the latter offer no excuse (see *Code*, s. 19; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339, at p. 346; *R. v. MacDonald*, 2014 SCC 3, [2014] 1 S.C.R. 37, at para. 58). As the Court of Appeal in this case put it, “[n]o one in this country is entitled to their own law” (para. 245). Therefore, to the extent an accused’s defence of honest but mistaken belief in communicated consent rests on a mistake of *law* — including “what counts as consent” from a legal perspective — rather than a mistake of *fact*, the defence is of no avail (see *Stewart*, at § 3:600.30.10).

[97] For present purposes, three consent-related mistakes of law are particularly relevant: implied consent, broad advance consent, and propensity to consent. I will address these concepts in turn.

(i) Implied Consent (*Ewanchuk*)

[98] The “specious” defence of implied consent “rests on the assumption that unless a woman protests or resists, she should be ‘deemed’ to consent” (*Ewanchuk*, at para. 103, per McLachlin J. (as she then was)). *Ewanchuk* makes clear that this concept has no place in Canadian law. As Major J. stated for the majority, “a belief that silence, passivity or

d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question, et qu’il avait cru pour cette raison à son consentement. Il s’agit du premier des « deux mythes » qui est interdit par l’al. 276(1)a) du *Code*.

c) *Les erreurs de droit*

[95] La défense d’erreur de fait s’applique lorsque l’accusé croit erronément en un état de fait qui écarte l’élément de faute de l’infraction ou qui suscite un doute raisonnable quant à cet élément (voir *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 148, le juge Dickson (dissident, mais non sur ce point)). La croyance sincère mais erronée au consentement communiqué s’inscrit dans cette catégorie de défenses (voir *Ewanchuk*, par. 42-43; *J.A.*, par. 48).

[96] Or, la loi établit une distinction entre les erreurs de *fait* et les erreurs de *droit*. En règle générale, l’erreur de droit n’est nullement une excuse (voir l’art. 19 du *Code*; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, p. 346; *R. c. MacDonald*, 2014 CSC 3, [2014] 1 R.C.S. 37, par. 58). Comme l’a dit la Cour d’appel en l’espèce, [TRADUCTION] « [n]ul n’a le droit au Canada de faire sa propre loi » (par. 245). Par conséquent, dans la mesure où la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est fondée sur une erreur de *droit* — y compris relativement à la [TRADUCTION] « teneur du consentement » du point de vue juridique — plutôt que sur une erreur de *fait*, ce moyen de défense n’est d’aucun secours (voir *Stewart*, § 3:600.30.10).

[97] Pour les besoins du présent pourvoi, trois erreurs de droit liées au consentement revêtent une importance particulière : le consentement tacite, le consentement général donné à l’avance et la propension à consentir. Je traiterai de ces notions tour à tour.

(i) Le consentement tacite (l’arrêt *Ewanchuk*)

[98] Le moyen de défense « spécieux » fondé sur le consentement tacite « repose sur la présomption voulant que, à moins qu’elle proteste ou résiste, une femme est “réputée” consentir » (*Ewanchuk*, par. 103, la juge McLachlin (plus tard juge en chef)). Il ressort de l’arrêt *Ewanchuk* que cette notion n’a pas sa place en droit canadien. Comme le juge Major

ambiguous conduct constitutes consent is a mistake of law, and provides no defence” (para. 51, citing *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; see also J. Benedet, “Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal: The Roots of *Ewanchuk* and the Unfinished Revolution” (2014), 52 *Alta. L. Rev.* 127). It is also a mistake of law to infer that “the complainant’s consent was implied by the circumstances, or by the relationship between the accused and the complainant” (*J.A.*, at para. 47). In short, it is an error of law — not fact — to assume that unless and until a woman says “no”, she has implicitly given her consent to any and all sexual activity.

(ii) Broad Advance Consent (*J.A.*)

[99] “Broad advance consent” refers to the legally erroneous notion that the complainant agreed to future sexual activity of an undefined scope (see *J.A.*, at paras. 44-48). As summarized in *J.A.*, the definition of “consent” under s. 273.1(1) “suggests that the consent of the complainant must be specifically directed to each and every sexual act, negating the argument that broad advance consent is what Parliament had in mind” and “this Court has also interpreted this provision as requiring the complainant to consent to the activity ‘at the time it occur[s]’” (para. 34, citing *Ewanchuk*, at para. 26). Thus, a belief that the complainant gave broad advance consent to sexual activity of an undefined scope will afford the accused no defence, as that belief is premised on a mistake of law, not fact.

(iii) Propensity to Consent (*Seaboyer*)

[100] The law prohibits the inference that the complainant’s prior sexual activities, by reason of their sexual nature, make it more likely that she consented to the sexual activity in question (see *Code*, s. 276(1)(a); *Seaboyer*). This is the first of the “twin myths”. Accordingly, an accused’s belief that the complainant’s prior sexual activities, by reason of

l’a affirmé au nom des juges majoritaires, « le fait de croire que le silence, la passivité ou le comportement ambigu de la plaignante valent consentement de sa part est une erreur de droit et ne constitue pas un moyen de défense » (par. 51, citant *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; voir aussi J. Benedet, « Sexual Assault Cases at the Alberta Court of Appeal : The Roots of *Ewanchuk* and the Unfinished Revolution » (2014), 52 *Alta. L. Rev.* 127). De plus, le fait d’inférer que « le consentement du plaignant était implicite, compte tenu des circonstances ou de la relation [que l’accusé] entretenait avec lui » (*J.A.*, par. 47) constitue aussi une erreur de droit. Bref, c’est une erreur de droit — non de fait — de présumer qu’à moins qu’elle dise « non », une femme donne implicitement son consentement à toute activité sexuelle.

(ii) Le consentement général donné à l’avance (l’arrêt *J.A.*)

[99] La notion de « consentement général donné à l’avance » renvoie à l’idée erronée en droit selon laquelle le plaignant manifeste son accord à une activité sexuelle ultérieure d’une nature non définie (voir *J.A.*, par. 44-48). Comme il est résumé dans l’arrêt *J.A.*, la définition de « consentement » au par. 273.1(1) « indique que le plaignant doit consentir spécifiquement à chacun des actes sexuels et réfute l’argument que le législateur entendait inclure un consentement général donné à l’avance » et « selon la Cour, cette disposition exige que la plaignante consente aux attouchements “lorsqu’[ils] ont [. . .] lieu” » (par. 34, citant *Ewanchuk*, par. 26). Par conséquent, le fait de croire que le plaignant a donné son consentement général à l’avance à une activité sexuelle non définie ne saurait être invoqué comme moyen de défense, vu que cette croyance repose sur une erreur de droit, non de fait.

(iii) La propension à consentir (l’arrêt *Seaboyer*)

[100] La loi interdit d’inférer que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de par sa nature, rend celle-ci davantage susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question (voir l’al. 276(1)a) du *Code* et l’arrêt *Seaboyer*). Il s’agit du premier des « deux mythes ». Par conséquent, la croyance de l’accusé que le comportement sexuel antérieur de la plaignante, de

their sexual nature, made it more likely that she was consenting to the sexual activity in question is a mistake of law.

(d) *The Reasonable Steps Requirement*

[101] Finally, the availability of the defence of honest but mistaken belief in communicated consent is not unlimited. Section 273.2 of the *Code*, which formed part of the 1992 reforms to Canada's sexual assault laws, places important limits on the defence. That section reads:

Where belief in consent not a defence

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

- (a) the accused's belief arose from the accused's
 - (i) self-induced intoxication, or
 - (ii) recklessness or wilful blindness; or
- (b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

[102] As is apparent, s. 273.2 applies in respect of various sexual assault offences: sexual assault under s. 271; sexual assault with a weapon, involving threats to a third party, or causing bodily harm under s. 272; and aggravated sexual assault under s. 273.

[103] The jurisprudence on the reasonable steps requirement under s. 273.2(b) remains underdeveloped, and academic commentators have highlighted the need for greater clarity (see, e.g., E. A. Sheehy, "Judges and the Reasonable Steps Requirement: The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women", in E. A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in*

par son caractère sexuel, rendait celle-ci davantage susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en question constitue une erreur de droit.

d) *L'obligation relative aux mesures raisonnables*

[101] Enfin, la possibilité d'invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué n'est pas sans limite. L'article 273.2 du *Code*, adopté à la suite de la réforme de 1992 visant les dispositions législatives canadiennes en matière d'agression sexuelle, circonscrit de manière importante la portée de ce moyen de défense. En voici le libellé :

Exclusion du moyen de défense fondé sur la croyance au consentement

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

- a) cette croyance provient :
 - (i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,
 - (ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;
- b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

[102] De toute évidence, l'art. 273.2 s'applique relativement à différentes infractions en matière d'agression sexuelle : l'agression sexuelle visée à l'art. 271; l'agression sexuelle armée, les menaces à une tierce personne ou l'infliction de lésions corporelles visées à l'art. 272; et l'agression sexuelle grave visée à l'art. 273.

[103] La jurisprudence concernant l'obligation relative aux mesures raisonnables prévue à l'al. 273.2b) demeure embryonnaire, alors que la doctrine met en relief le besoin d'une clarté accrue à cet égard (voir, p. ex., E. A. Sheehy, « Judges and the Reasonable Steps Requirement : The Judicial Stance on Perpetration Against Unconscious Women », dans E. A.

Canada: Law, Legal Practice and Women's Activism (2012); L. Vandervort, "The Prejudicial Effects of 'Reasonable Steps' in Analysis of *Mens Rea* and Sexual Consent: Two Solutions" (2018), 55 *Alta. L. Rev.* 933). With that in mind, although the trial judge's limited instructions on reasonable steps were not raised by the Crown as a ground of appeal from Mr. Barton's acquittal, a few comments and observations are warranted to promote greater clarity in the law and provide guidance for future cases — including the new trial on unlawful act manslaughter that, for reasons I will explain, is required in this case.

(i) The Reasonable Steps Requirement as a Precondition With Objective and Subjective Dimensions

[104] Section 273.2(b) imposes a precondition to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent — no reasonable steps, no defence. It has both objective and subjective dimensions: the accused must take steps that are objectively reasonable, and the reasonableness of those steps must be assessed in light of the circumstances known to the accused at the time (see *R. v. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (C.A.), at para. 22, leave to appeal refused, [2004] 3 S.C.R. vii, citing K. Roach, *Criminal Law* (2nd ed. 2000), at p. 157; see also Sheehy, at pp. 492-93). Notably, however, s. 273.2(b) does not require the accused to take "all" reasonable steps, unlike the analogous restriction on the defence of mistaken belief in legal age imposed under s. 150.1(4) of the *Code*⁷ (see *R. v. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1 (C.A.), at p. 24, aff'd 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443 (without comment on this point)).

⁷ Section 150.1(4) reads: "It is not a defence to a charge under section 151 or 152, subsection 160(3) or 173(2), or section 271, 272 or 273 that the accused believed that the complainant was 16 years of age or more at the time the offence is alleged to have been committed unless the accused took all reasonable steps to ascertain the age of the complainant".

Sheehy, dir., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women's Activism* (2012); L. Vandervort, « The Prejudicial Effects of "Reasonable Steps" in Analysis of *Mens Rea* and Sexual Consent : Two Solutions » (2018), 55 *Alta. L. Rev.* 933). Cela étant, bien que le ministère public n'ait pas invoqué le caractère restreint des directives données par le juge du procès sur les mesures raisonnables comme moyen d'appel contre l'acquiescement de M. Barton, il convient de formuler quelques observations par souci de clarté quant à l'état du droit et en guise d'orientation pour les causes à venir, notamment le nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal qui, pour des raisons que j'expliquerai plus loin, s'impose en l'espèce.

(i) L'obligation relative aux mesures raisonnables à titre de condition préalable comportant des dimensions objective et subjective

[104] L'alinéa 273.2b) impose une condition préalable à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué : l'absence de mesures raisonnables emporte exclusion de ce moyen de défense. Cette condition comporte à la fois une dimension objective et une dimension subjective : l'accusé doit prendre des mesures objectivement raisonnables pour s'assurer du consentement et le caractère raisonnable de ces mesures doit être apprécié eu égard aux circonstances dont il avait alors connaissance (voir *R. c. Cornejo* (2003), 68 O.R. (3d) 117 (C.A.), par. 22, autorisation d'appel refusée, [2004] 3 R.C.S. vii, citant K. Roach, *Criminal Law* (2^e éd. 2000), p. 157; voir aussi Sheehy, p. 492-493). Il est toutefois à noter qu'aux termes de ce même al. 273.2b), l'accusé n'est pas tenu de prendre « toutes » les mesures raisonnables, contrairement à la restriction analogue relative à la défense de la croyance erronée à l'âge légal imposée au par. 150.1(4) du *Code*⁷ (voir *R. c. Darrach* (1998), 38 O.R. (3d) 1 (C.A.), p. 24, conf. par 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443 (sans commentaire sur ce point)).

⁷ Le paragraphe 150.1(4) prévoit : « Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de seize ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant. »

(ii) The Purpose of the Reasonable Steps Requirement

[105] The purpose of the reasonable steps requirement has been expressed in different ways. The authors of *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* state that s. 273.2(b) of the *Code* seeks “to protect the security of the person and equality of women who comprise the huge majority of sexual assault victims by ensuring as much as possible that there is clarity on the part of both participants to a sexual act” (M. Manning and P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5th ed. 2015), at p. 1094 (footnote omitted)). Abella J.A. (as she then was) wrote in *Cornejo* that the reasonable steps requirement “replaces the assumptions traditionally — and inappropriately — associated with passivity and silence” (para. 21). Professor Elizabeth Sheehy puts it this way: “Bill C-49’s ‘reasonable steps’ requirement was intended to criminalize sexual assaults committed by men who claim mistake without any effort to ascertain the woman’s consent or whose belief in consent relies on self-serving misogynist beliefs” (p. 492). The common thread running through each of these descriptions is this: the reasonable steps requirement rejects the outmoded idea that women can be taken to be consenting unless they say “no”.

(iii) What Can and Cannot Constitute Reasonable Steps

[106] Keeping in mind that “consent” is defined under s. 273.1(1) of the *Code* as “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”, what can constitute reasonable steps to ascertain consent? In my view, the reasonable steps inquiry is highly fact-specific, and it would be unwise and likely unhelpful to attempt to draw up an exhaustive list of reasonable steps or obscure the words of the statute by supplementing or replacing them with different language.

(ii) L’objectif de l’obligation relative aux mesures raisonnables

[105] L’objectif de l’obligation relative aux mesures raisonnables a été formulé de différentes manières. Selon les auteurs de l’ouvrage *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, l’al. 273.2b) du *Code* vise [TRADUCTION] « à garantir la sécurité de la personne et l’égalité des femmes qui forment la vaste majorité des victimes d’agressions sexuelles, en veillant autant que possible à la présence de clarté dans les rapports entre deux participants à un acte sexuel » (M. Manning et P. Sankoff, *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* (5^e éd. 2015), p. 1094 (note en bas de page omise)). La juge Abella (maintenant juge de notre Cour) affirmait dans l’affaire *Cornejo* que l’obligation relative aux mesures raisonnables [TRADUCTION] « se substitue aux présomptions rattachées traditionnellement — et irrégulièrement — à la passivité et au silence » (par. 21). La professeure Elizabeth Sheehy s’exprime en ces termes : [TRADUCTION] « L’obligation relative aux “mesures raisonnables” prévue par le projet de loi C-49 avait pour objet de criminaliser les agressions sexuelles commises par des hommes qui prétendent avoir fait erreur sans pour autant avoir tenté de s’assurer du consentement de la femme ou bien qui invoquent des convictions misogynes intéressées pour justifier la croyance au consentement » (p. 492). Voici le dénominateur commun à toutes ces descriptions : l’obligation relative aux mesures raisonnables rejette l’idée périmée selon laquelle les femmes sont réputées consentir à moins qu’elles disent « non ».

(iii) Ce qui peut constituer ou non des mesures raisonnables

[106] Sans oublier que le « consentement » est défini au par. 273.1(1) du *Code* comme « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle », qu’est-ce qui peut constituer des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement? À mon avis, l’analyse relative aux mesures raisonnables repose grandement sur les faits. Il ne serait donc guère judicieux et utile d’essayer de dresser une liste exhaustive des mesures raisonnables ou d’occulter les termes de la loi en les complétant ou en les reformulant.

[107] That said, it is possible to identify certain things that clearly are *not* reasonable steps. For example, steps based on rape myths or stereotypical assumptions about women and consent cannot constitute reasonable steps. As such, an accused cannot point to his reliance on the complainant's silence, passivity, or ambiguous conduct as a reasonable step to ascertain consent, as a belief that any of these factors constitutes consent is a mistake of law (see *Ewanchuk*, at para. 51, citing *M. (M.L.)*). Similarly, it would be perverse to think that a sexual assault could constitute a reasonable step (see Sheehy, at p. 518). Accordingly, an accused's attempt to "test the waters" by recklessly or knowingly engaging in non-consensual sexual touching cannot be considered a reasonable step. This is a particularly acute issue in the context of unconscious or semi-conscious complainants (see Sheehy, at p. 537).

[108] It is also possible to identify circumstances in which the threshold for satisfying the reasonable steps requirement will be elevated. For example, the more invasive the sexual activity in question and/or the greater the risk posed to the health and safety of those involved, common sense suggests a reasonable person would take greater care in ascertaining consent. The same holds true where the accused and the complainant are unfamiliar with one another, thereby raising the risk of miscommunications, misunderstandings, and mistakes. At the end of the day, the reasonable steps inquiry is highly contextual, and what is required will vary from case to case.

[109] Overall, in approaching the reasonable steps analysis, trial judges and juries should take a purposive approach, keeping in mind that the reasonable steps requirement reaffirms that the accused cannot equate silence, passivity, or ambiguity with the communication of consent. Moreover, trial judges and juries should be guided by the need to protect and preserve every person's bodily integrity, sexual autonomy, and human dignity. Finally, if the reasonable

[107] Cela dit, il est possible de cerner certains éléments qui *ne* sont manifestement *pas* des mesures raisonnables. Par exemple, les mesures qui reposent sur les mythes liés au viol ou sur les présomptions stéréotypées au sujet des femmes et du consentement n'ont aucunement un caractère raisonnable. Ainsi, l'accusé ne saurait prétendre que le fait de se fier au silence, à la passivité ou au comportement ambigu de la plaignante est une mesure raisonnable pour s'assurer du consentement, car le fait de croire que l'un ou l'autre de ces facteurs emporte consentement constitue une erreur de droit (voir *Ewanchuk*, par. 51, citant *M. (M.L.)*). Dans le même ordre d'idées, il serait pour le moins abusif de penser qu'une agression sexuelle puisse constituer une mesure raisonnable (voir Sheehy, p. 518). Par conséquent, la tentative de l'accusé de [TRADUCTION] « tâter le terrain » en se livrant sciemment ou inconsidérément à des atouchements sexuels non consensuels ne saurait être considérée comme une mesure raisonnable. Il s'agit d'un enjeu particulièrement critique dans le cas où le plaignant est inconscient ou semi-conscient (voir Sheehy, p. 537).

[108] Il est également possible de préciser dans quelles circonstances le critère à remplir pour satisfaire à l'obligation relative aux mesures raisonnables sera plus exigeant. Par exemple, plus l'activité sexuelle est envahissante ou plus le risque pour la santé et la sécurité des participants est élevé, le bon sens veut qu'une personne raisonnable fasse preuve d'une grande prudence pour s'assurer du consentement. Il en va de même si l'accusé et le plaignant se connaissent peu, aggravant ainsi le risque de malentendus et d'erreurs. En définitive, l'analyse relative aux mesures raisonnables demeure largement tributaire du contexte et ses exigences varient d'un cas à l'autre.

[109] Dans l'ensemble, le juge du procès et le jury devraient aborder l'analyse relative aux mesures raisonnables en se concentrant sur l'objet et en n'oubliant pas que l'obligation relative aux mesures raisonnables confirme que l'accusé ne saurait assimiler le silence, la passivité et le comportement ambigu à la communication du consentement. De plus, le juge du procès et le jury devraient se laisser guider par le besoin de protéger l'intégrité physique

steps requirement is to have any meaningful impact, it must be applied with care — mere lip service will not do.

(iv) The Distinction Between Reasonable Steps and Reasonable Grounds

[110] Finally, the concept of reasonable steps to ascertain consent under s. 273.2(b) of the *Code* must be distinguished from the concept of reasonable grounds to support an honest belief in consent under s. 265(4). The latter section provides that in the context of an alleged assault, whether sexual or otherwise (see s. 265(2)), where the accused claims he believed the complainant consented to the conduct in question and the trial judge is “satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence”, the trial judge “shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused’s belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief”. This provision rests on the idea that as the accused’s asserted belief in consent becomes less reasonable, it becomes increasingly doubtful that the asserted belief was honestly held (see *Pappajohn*, at pp. 155-56, per Dickson J. (dissenting, but not on this point)).

[111] In other words, where the accused is charged with some form of assault, the presence or absence of *reasonable grounds* is simply a factor to be considered in assessing the honesty of the accused’s asserted belief in consent in accordance with s. 265(4). By contrast, where the accused is charged with a sexual offence under ss. 271, 272, or 273, a failure to take reasonable steps is fatal to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent by virtue of s. 273.2(b).

[112] With this in mind, in the context of a charge under ss. 271, 272, or 273 where the accused asserts an honest but mistaken belief in communicated consent, if either (1) there is no evidence upon which the

d’une personne, son autonomie sexuelle et sa dignité humaine. Enfin, si l’on veut que l’obligation relative aux mesures raisonnables ait un effet concret, il faut l’appliquer avec soin. Une analyse effectuée pour la forme n’est pas acceptable.

(iv) La distinction entre les mesures raisonnables et les motifs raisonnables

[110] Enfin, il faut établir une distinction entre la notion de mesures raisonnables pour s’assurer du consentement au sens de l’al. 273.2b) du *Code* et la notion de motifs raisonnables pour étayer la croyance sincère au consentement au sens du par. 265(4). Selon cette dernière disposition, dans le contexte d’une accusation de voies de fait, y compris d’agression sexuelle (voir le par. 265(2)), lorsque l’accusé allègue qu’il croyait que le plaignant avait consenti aux actes en question et que le juge du procès est « convaincu qu’il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury », le juge du procès « demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l’ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l’accusé, la présence ou l’absence de motifs raisonnables pour celle-ci ». Cette disposition repose sur l’idée que, plus la croyance au consentement que l’accusé fait valoir devient déraisonnable, plus sa sincérité est douteuse (voir *Pappajohn*, p. 155-156, le juge Dickson (dissident, mais non sur ce point)).

[111] En d’autres termes, lorsque l’accusé est inculpé d’une forme quelconque de voies de fait, la présence ou l’absence de *motifs raisonnables* constitue simplement un facteur à prendre en considération dans l’appréciation, conformément au par. 265(4), de la sincérité de la croyance au consentement manifestée par l’accusé. En revanche, lorsque l’accusé est inculpé d’agression sexuelle en vertu des art. 271, 272 ou 273, l’omission de prendre les mesures raisonnables est fatale à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué selon l’al. 273.2b).

[112] Dans cette optique, dans le contexte d’une accusation fondée sur les art. 271, 272, ou 273 où l’accusé affirme avoir eu une croyance sincère mais erronée au consentement communiqué, (1) s’il n’existe

trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent or (2) the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps to ascertain consent, then there would be no reason to consider the presence or absence of reasonable grounds to support an honest belief in consent under s. 265(4), since the accused would be legally barred from raising the defence due to the operation of s. 273.2(b).

[113] Finally, while the conceptual distinction between reasonable steps under s. 273.2(b) and reasonable grounds under s. 265(4) remains valid, as a practical matter it is hard to conceive of a situation in which reasonable steps would not also constitute reasonable grounds for the purpose of assessing the honesty of the accused's asserted belief.

(2) Instructions on the Defence of Honest but Mistaken Belief in Communicated Consent

[114] At trial, Mr. Barton relied on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. His testimony about Ms. Gladue's prior sexual activities featured prominently in his defence. It was this evidence that formed the foundation for his contention that the sexual activity on the second night was part of a continuing commercial transaction that began with the previous night's supposedly "similar" sexual activity, with an agreement to pay the same price on both nights.

[115] The trial judge instructed the jury that there was evidence before them that raised the defence of honest but mistaken belief in communicated consent. He explained that this defence is a mistake of fact defence and noted that they "should consider whether there were any reasonable grounds for [Mr. Barton's] belief" (A.R., vol. VIII, at p. 207). He also told the jury that in assessing this defence, they should consider, among other things, Mr. Barton's testimony about his perceptions of Ms. Gladue's verbal and

aucun élément de preuve permettant au juge des faits de conclure que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement ou (2) si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, il n'y a pas lieu de prendre en considération la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui d'une croyance sincère au consentement en vertu du par. 265(4), car l'accusé ne peut pas évoquer ce moyen de défense en raison de l'application de l'al. 273.2b).

[113] Enfin, bien que la distinction conceptuelle entre les mesures raisonnables au sens de l'al. 273.2b) et les motifs raisonnables au sens du par. 265(4) demeure valide, en pratique, il est difficile d'imaginer une situation où les mesures raisonnables ne constitueraient pas également des motifs raisonnables pour apprécier la sincérité de la croyance qu'affirme avoir eue l'accusé.

(2) Les directives sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué

[114] Au procès, M. Barton a invoqué la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Son témoignage au sujet des activités sexuelles antérieures de M^{me} Gladue a occupé une place importante dans sa défense. C'est ce témoignage qui a servi de fondement à sa prétention selon laquelle l'activité sexuelle exercée la deuxième nuit s'inscrivait dans une opération commerciale continue ayant débuté par l'activité sexuelle censément [TRADUCTION] « similaire » exercée la nuit précédente, assortie d'une entente prévoyant le paiement du même prix les deux nuits.

[115] Le juge du procès a indiqué aux jurés qu'ils disposaient d'éléments de preuve qui soulevaient la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué. Il a expliqué que cette défense constituait une défense d'erreur de fait et souligné qu'ils [TRADUCTION] « devaient se demander s'il existait des motifs raisonnables à l'appui de la croyance de [M. Barton] » (d.a., vol. VIII, p. 207). Il a également dit aux jurés qu'en appréciant ce moyen de défense, ils devaient tenir compte, entre autres

non-verbal responses to the activity he said took place on the second night, as well as Mr. Barton's testimony about what occurred on the first night, and in particular his testimony that he and Ms. Gladue had a "similar" sexual encounter on that night. He further instructed the jury on reasonable steps under s. 273.2(b) of the *Code*, stating: "You should consider whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that Mr. Barton failed to take reasonable steps in the circumstances known to him at the time to satisfy himself that Ms. Gladue was consenting to the type of sexual activity he described in his testimony" (*ibid.*, at p. 210). However, the trial judge did not indicate that the reasonable steps requirement is a precondition to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent.

(3) Mistakes of Law in Mr. Barton's Defence

[116] To the extent Mr. Barton may have honestly perceived Ms. Gladue's consent due to a subjective misunderstanding of the *law*, rather than a misperception of the *facts*, the defence of honest but mistaken belief in communicated consent would afford him no shelter. As I will develop, in my respectful view, the trial judge in this case erred by failing to inoculate the jury against mistakes of law masquerading as mistakes of fact. In particular, the legally erroneous notions of implied consent, broad advance consent, and propensity to consent discussed above each haunted the courtroom. These were issues raised by the Crown both at trial and before the Court of Appeal, and I am not persuaded that any procedural fairness concerns preclude this Court from addressing them.

[117] Mr. Barton's defence rested largely on the notion that the sexual activity he said occurred on the first night led him to believe Ms. Gladue consented on the second night. In particular, he gave

choses, du témoignage de M. Barton au sujet de sa perception des réponses verbales et non verbales de M^{me} Gladue à l'activité qui, selon lui, s'était déroulée la deuxième nuit, ainsi que du témoignage de M. Barton au sujet de ce qui s'était produit la première nuit et, plus particulièrement, de son témoignage selon lequel M^{me} Gladue et lui avaient eu une rencontre sexuelle [TRADUCTION] « similaire » cette nuit-là. Il a en outre donné au jury des directives sur les mesures raisonnables au sens de l'al. 273.2b) du *Code*, affirmant ceci : « Vous devez vous demander si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Barton n'a pas pris de mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer que M^{me} Gladue consentait au type d'activité sexuelle décrit dans son témoignage » (*ibid.*, p. 210). Cependant, le juge du procès n'a pas indiqué que l'obligation relative aux mesures raisonnables constituait une condition préalable au moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué.

(3) Les erreurs de droit dans la défense de M. Barton

[116] Dans la mesure où il est possible que M. Barton ait perçu sincèrement le consentement de M^{me} Gladue en raison d'une conception subjective erronée du *droit*, plutôt que d'une interprétation erronée des *faits*, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué ne lui serait d'aucune utilité. Comme je vais l'expliquer, à mon humble avis, le juge du procès en l'espèce a commis une erreur en ne mettant pas le jury à l'abri des erreurs de droit déguisées en erreurs de fait. En particulier, les notions erronées en droit de consentement tacite, de consentement général donné à l'avance et de propension à consentir analysées ci-dessus ont chacune plané sur la salle d'audience. Il s'agit de questions que le ministère public a soulevées en première instance ainsi que devant la Cour d'appel, et je ne suis pas convaincu que des soucis relatifs à l'équité procédurale empêchent notre Cour de les examiner.

[117] La défense de M. Barton reposait en grande partie sur l'idée que l'activité sexuelle qui, selon lui, avait eu lieu la première nuit l'avait amené à croire que M^{me} Gladue était consentante la deuxième nuit.

evidence that he and Ms. Gladue agreed on the price of \$60 for “everything” on the first night, that they agreed on the same price on the second night, and that “she [knew] what she was coming for”. He considered the two nights as forming part of a continuing commercial transaction, with supposedly “similar” sexual activities occurring on both nights. Further, defence counsel stressed that “[s]he’s a prostitute, and she’s consenting to the sex” and that there were “[n]o groans of disagreement, in fact, only groans of agreement” and “there [were] no signs that she was in disagreement. He reasonably believed that she was consenting” (A.R., vol. V, at p. 205).

[118] Respectfully, Mr. Barton’s defence raised the spectre of several mistakes of law. First of all, a belief that the absence of signs of disagreement could be substituted for affirmative communication of consent is a mistake of law. As already explained, “implied consent” does not exist under Canadian sexual assault law. Further, a belief that prior “similar” sexual activities between the accused and the complainant, the complainant’s status as a sex worker, or the accused’s own speculation about what was going through the complainant’s mind could be substituted for communicated consent to the sexual activity in question at the time is a mistake of law. As a matter of law, consent must be specifically renewed — and communicated — for each sexual act. Moreover, a belief that the complainant could give broad advance consent to whatever the accused wanted to do to her is a mistake of law. Finally, the inference that the complainant’s past sexual activities, by reason of their sexual nature, may make it more likely that she consented to the sexual activity in question — the first of the “twin myths” — is also a mistake of law.

[119] With respect, I am of the view that it was incumbent on the trial judge to caution the jury against acting on these mistakes of law. The absence of such an instruction had an immediate impact on the defence of honest but mistaken belief in communicated

Plus particulièrement, il a déclaré dans son témoignage que M^{me} Gladue et lui s’étaient entendus sur un prix de 60 \$ pour [TRADUCTION] « l’ensemble » des services la première nuit, qu’ils avaient convenu du même prix la deuxième nuit et qu’elle « [connaissait] le but de sa visite ». Il a considéré les deux nuits comme faisant partie d’une opération commerciale continue dans laquelle des activités sexuelles censément « similaires » avaient eu lieu les deux nuits. De plus, l’avocat de la défense a souligné qu’elle « [était] une prostituée et consent[ait] à avoir des rapports sexuels » et qu’il n’y avait « pas de lamentations, mais seulement des gémissements de plaisir » et que « rien n’indiquait qu’elle n’était pas d’accord. Il croyait raisonnablement qu’elle était consentante » (d.a., vol. V, p. 205).

[118] Soit dit en tout respect, la défense de M. Barton évoquait le spectre de plusieurs erreurs de droit. D’abord, la croyance que l’absence de signes de désaccord pouvait se substituer à la communication positive du consentement constitue une erreur de droit. Comme je l’ai déjà expliqué, le « consentement tacite » n’existe pas en droit canadien relatif aux agressions sexuelles. Ensuite, la croyance que les activités sexuelles antérieures « similaires » entre l’accusé et la plaignante, le statut de travailleuse du sexe de la plaignante ou la propre hypothèse formulée par l’accusé selon laquelle ce que pensait la plaignante pouvaient se substituer au consentement communiqué à l’activité sexuelle au moment où elle a eu lieu constitue une erreur de droit. En droit, le consentement doit être expressément renouvelé — et communiqué — pour chaque acte sexuel. En outre, le fait de croire que la plaignante pouvait donner à l’avance un consentement général à tout ce que l’accusé voulait lui faire constitue une erreur de droit. Enfin, la déduction que la plaignante est plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question en raison de ses activités sexuelles antérieures et du caractère sexuel de celles-ci — le premier des « deux mythes » — constitue également une erreur de droit.

[119] En toute déférence, j’estime qu’il incombait au juge du procès de mettre en garde le jury contre le fait de s’appuyer sur ces erreurs de droit. L’absence de directive en ce sens a eu un effet immédiat sur la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement

consent, as it allowed the defence to proceed while these mistakes of law were left unaddressed, thereby leaving the jurors without the necessary tools to engage in a proper analysis. This error was inextricably linked to the failure to hold a s. 276 hearing, which would have subjected the admissibility and permissible uses of the evidence of Ms. Gladue's prior sexual history to rigorous scrutiny and assisted in filtering out the mistakes of law raised by Mr. Barton's defence.

(4) Additional Guidance on Air of Reality Test and Reasonable Steps

[120] Strictly speaking, the foregoing analysis is sufficient to demonstrate that the trial judge's instructions on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent were deficient. However, in the interest of providing guidance for future cases — including the new trial on unlawful act manslaughter that, for reasons I will explain later in these reasons, is necessary in this case — I would add the following brief comments.

[121] An accused who wishes to rely on the defence of honest but mistaken belief in communicated consent must first demonstrate that there is an air of reality to the defence. This necessarily requires that the trial judge consider whether there is any evidence upon which a reasonable trier of fact acting judicially could find (1) that the accused took reasonable steps to ascertain consent and (2) that the accused honestly believed the complainant communicated consent. This Court recently confirmed that where there is no evidence upon which the trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent, the defence of honest but mistaken belief in communicated consent must not be left with the jury (see *R. v. Gagnon*, 2018 SCC 41, [2018] 3 S.C.R. 3). A number of provincial appellate decisions, including the Court of Appeal's decision in this case, have reached the same conclusion (see, e.g., *Cornejo*, at para. 19; *R. v. Despins*, 2007 SKCA 119, 228 C.C.C. (3d) 475, at paras. 6 and 11-12; *R. v. Dippel*, 2011 ABCA 129, 281 C.C.C. (3d) 33, at paras. 22-23 and 28; *R. v. Flaviano*, 2013 ABCA 219,

communiqué, car elle a permis au moyen de défense de faire son chemin sans que ces erreurs de droit ne soient corrigées, privant ainsi les jurés des outils dont ils avaient besoin pour procéder à une analyse appropriée. Cette erreur était inextricablement liée à l'omission de tenir une audition en application de l'art. 276, qui aurait donné lieu à un examen rigoureux de l'admissibilité et des utilisations permises de la preuve relative au comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue et permis d'éliminer les erreurs de droit que soulevait le moyen de défense de M. Barton.

(4) Précisions sur le critère de la vraisemblance et les mesures raisonnables

[120] À proprement parler, l'analyse qui précède suffit à démontrer que les directives du juge du procès quant à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué étaient lacunaires. Cependant, en vue de guider les tribunaux dans les affaires à venir — y compris le nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal qui, pour les raisons que j'exposerai plus loin dans les présents motifs, s'impose en l'espèce — j'ajouterai les brèves remarques qui suivent.

[121] L'accusé qui souhaite invoquer la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué doit d'abord démontrer la vraisemblance de celle-ci. Le juge du procès doit ainsi se demander s'il existe une preuve qui permette à un juge des faits raisonnable agissant d'une manière judiciaire de conclure (1) que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement et (2) que l'accusé croyait sincèrement que le plaignant avait communiqué son consentement. Notre Cour a confirmé récemment qu'en l'absence d'une preuve qui permette au juge des faits de conclure que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué ne doit pas être laissée à l'appréciation du jury (voir *R. c. Gagnon*, 2018 CSC 41, [2018] 3 R.C.S. 3). Cette même conclusion a été tirée dans bon nombre de décisions des cours d'appel provinciales, dont celle prononcée en l'espèce (voir, p. ex., *Cornejo*, par. 19; *R. c. Despins*, 2007 SKCA 119, 228 C.C.C. (3d) 475, par. 6 et 11-12; *R. c. Dippel*, 2011 ABCA 129,

368 D.L.R. (4th) 393, at paras. 41 and 50, aff'd 2014 SCC 14, [2014] 1 S.C.R. 270; C.A. reasons (2017), at para. 250).

[122] Accordingly, if there is no evidence upon which the trier of fact could find that the accused took reasonable steps to ascertain consent, then the defence of honest but mistaken belief in communicated consent has no air of reality and must not be left with the jury. This threshold analysis serves an important purpose: it keeps from the jury defences that lack a sufficient evidentiary foundation, thereby avoiding the risk that the jury might improperly give effect to a defective defence. As such, contrary to what occurred at trial in this case,⁸ the air of reality test should not be ignored.

[123] By contrast, if there *is* an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in communicated consent, including the reasonable steps requirement, then the defence should be left with the jury. The onus would then shift to the Crown to negate the defence, which could be achieved by proving beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps. The trial judge should instruct the jury as such, making it clear that the reasonable steps requirement is a precondition to the defence. In addition, the trial judge should explain, as a matter of law, the type of evidence that *can* and *cannot* constitute reasonable steps, making sure any steps that are grounded in mistakes of law are relegated to the latter category. Where the Crown does not prove beyond a reasonable doubt that the accused failed to take reasonable steps, that does not lead automatically to an acquittal. In those circumstances, the trial judge should instruct the jury that they are required, as a matter of law, to go on to consider whether the Crown has nonetheless proven beyond a reasonable doubt that the accused did not have an honest but mistaken belief in communicated consent. This requirement flows from the fact that the defence

281 C.C.C. (3d) 33, par. 22-23 et 28; *R. c. Flaviano*, 2013 ABCA 219, 368 D.L.R. (4th) 393, par. 41 et 50, conf. par 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270; motifs de la Cour d'appel (2017), par. 250).

[122] Par conséquent, s'il n'y a pas de preuve qui permette au juge des faits de conclure que l'accusé a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué est dépourvue de vraisemblance et ne doit pas être laissée à l'appréciation du jury. Cette analyse préliminaire joue un rôle important : elle soustrait à l'appréciation du jury les moyens de défense ne s'appuyant pas sur une preuve suffisante, évitant ainsi le risque que le jury puisse retenir à tort un moyen de défense défectueux. Par conséquent, contrairement à ce qui s'est produit au procès en l'espèce⁸, on ne devrait pas faire abstraction du critère de la vraisemblance.

[123] En revanche, si la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué a une certaine vraisemblance, y compris en ce qui a trait à l'obligation relative aux mesures raisonnables, il convient de laisser cette défense à l'appréciation du jury. Il incomberait alors au ministère public de réfuter cette défense, en établissant hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'a pas pris de mesures raisonnables. Le juge du procès devrait donner au jury des directives à cet égard et préciser que l'obligation relative aux mesures raisonnables est une condition préalable à la défense. Le juge du procès devrait en outre expliquer quel type de preuve *peut* ou *ne peut pas*, en droit, constituer des mesures raisonnables, en s'assurant que les mesures qui sont fondées sur des erreurs de droit sont reléguées dans la dernière catégorie. Si le ministère public ne parvient pas à faire cette démonstration hors de tout doute raisonnable, cela n'entraîne pas forcément un verdict d'acquiescement. En pareil cas, le juge du procès devrait expliquer aux jurés qu'il leur appartient, en droit, de se demander si le ministère public a néanmoins établi hors de tout doute raisonnable que l'accusé n'avait pas une croyance sincère mais erronée au

⁸ While the trial judge did not make an express ruling on whether the defence had an air of reality, the Crown did not object to the defence being left with the jury and has not argued that the defence had no air of reality.

⁸ Le juge du procès ne s'est pas prononcé expressément sur la vraisemblance de la défense, mais le ministère public ne s'est pas opposé à ce que le moyen de défense soit laissé à l'appréciation du jury et n'a pas fait valoir que la défense n'était pas vraisemblable.

is ultimately one of an “honest but mistaken belief in communicated consent”, not one of “reasonable steps”. Ultimately, if the Crown fails to disprove the defence beyond a reasonable doubt, then the accused would be entitled to an acquittal.

(5) Determination of the “Sexual Activity in Question”

[124] To provide guidance for future cases, I wish to make several observations on the trial judge’s instructions to the jury on the “sexual activity in question”.

[125] At trial, the defence conceded that Mr. Barton caused Ms. Gladue’s death. With that point conceded, a key issue for the jury was *what* sexual activity took place — that is, what was the “sexual activity in question” under s. 273.1(1) of the *Code*? The answer to that question would then frame the rest of the analysis: Did Ms. Gladue subjectively consent to that particular sexual activity? If not, did Mr. Barton honestly believe she communicated consent to that particular sexual activity at the time it occurred?

[126] Several parts of the trial judge’s charge suggested to the jury that they were effectively bound to accept Mr. Barton’s version of events regarding the “sexual activity in question”. For example, the trial judge stated:

- “[f]or there to have been a sexual assault, you will have to decide if Ms. Gladue consented . . . to the type of sexual activity described and demonstrated by Mr. Barton in his testimony” (A.R., vol. VIII, at pp. 197-98 (emphasis added));
- “there is some evidence that Cindy Gladue consented to the application of some force by Mr. Barton, including sexual activity and to the activity described by Mr. Barton in his testimony” (pp. 198-99 (emphasis added));

consentement communiqué. Cette exigence découle du fait que la défense en question porte en définitive sur une « croyance sincère mais erronée au consentement communiqué », non sur les « mesures raisonnables ». Au bout du compte, si le ministère public ne réussit pas à réfuter la défense hors de tout doute raisonnable, l’accusé aura alors droit à un acquittement.

(5) La définition de l’« activité sexuelle »

[124] Afin de guider les tribunaux dans les affaires à venir, je souhaite faire plusieurs observations au sujet des directives du juge du procès au jury sur l’« activité sexuelle ».

[125] Au procès, la défense a concédé que M. Barton avait causé la mort de M^{me} Gladue. Ce point étant concédé, l’une des questions clés que devait trancher le jury était celle de savoir *quelle* activité sexuelle avait eu lieu — c’est-à-dire, quelle était l’« activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code*? La réponse à cette question devait alors orienter le reste de l’analyse : M^{me} Gladue a-t-elle consenti subjectivement à cette activité sexuelle précise? Dans la négative, M. Barton a-t-il cru sincèrement qu’elle avait communiqué son consentement à cette activité sexuelle précise au moment où celle-ci avait eu lieu?

[126] Plusieurs passages de l’exposé du juge du procès aux jurés portaient ces derniers à croire qu’ils étaient effectivement tenus d’accepter la version des faits de M. Barton au sujet de l’« activité sexuelle ». Par exemple, le juge du procès a dit ceci :

[TRADUCTION]

- « [p]our qu’il y ait eu agression sexuelle, vous allez devoir décider si M^{me} Gladue a consenti [. . .] au type d’activité sexuelle décrit et démontré par M. Barton dans son témoignage » (d.a., vol. VIII, p. 197-198 (je souligne));
- « certains éléments de preuve indiquent que Cindy Gladue a consenti à l’emploi d’une certaine force par M. Barton, y compris l’activité sexuelle et l’activité décrites par M. Barton dans son témoignage » (p. 198-199 (je souligne));

- “[y]ou should consider whether the Crown has proven beyond a reasonable doubt that Mr. Barton failed to take reasonable steps in the circumstances known to him at the time to satisfy himself that Ms. Gladue was consenting to the type of sexual activity he described in his testimony” (p. 210 (emphasis added)); and
- “[w]hen you are considering whether Mr. Barton honestly believed that Cindy Gladue was capable of consenting . . . to the touching described by Mr. Barton in his testimony” (pp. 206-7 (emphasis added)).
- « [v]ous devez vous demander si le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable que M. Barton n’a pas pris de mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s’assurer que M^{me} Gladue consentait au type d’activité sexuelle décrit dans son témoignage » (p. 210 (je souligne));
- « [p]our déterminer si M. Barton a cru sincèrement que Cindy Gladue était capable de consentir [. . .] aux attouchements décrits par M. Barton dans son témoignage » (p. 206-207 (je souligne)).

[127] Respectfully, these instructions were problematic. In particular, rather than suggesting that Mr. Barton’s testimony was gospel, the trial judge ought to have clarified for the jury that in determining the “sexual activity in question”, they should look to the whole of the evidence, both direct and circumstantial, and they were not bound to accept Mr. Barton’s evidence simply because he was the only witness to the sexual activity in question who was alive to testify.

[128] With that in mind, there was a sound basis in the evidence to question the veracity of Mr. Barton’s account of the sexual activity in question. To cite just three examples:

- an expert bloodstain analyst noted that while bloodstains were found at the centre of the bed, which was consistent with the Crown’s theory that Ms. Gladue was lying in the middle of the bed when the sexual activity in question occurred, none were found on the corner of the bed where Mr. Barton said Ms. Gladue was sitting;
- toxicology evidence placed Ms. Gladue’s blood alcohol concentration at the time of death at over four times the legal limit to drive, which again was consistent with the Crown’s theory that she was lying incapacitated in the middle of the bed and inconsistent with Mr. Barton’s evidence that she was only moderately intoxicated; and
- un expert en analyse des taches de sang a mentionné que des taches de sang avaient été trouvées au centre du lit, ce qui était compatible avec la thèse du ministère public selon laquelle M^{me} Gladue était allongée au milieu du lit quand l’activité sexuelle avait eu lieu, mais qu’aucune tache n’avait été trouvée sur le coin du lit, où M^{me} Gladue était assise aux dires de M. Barton;
- les éléments de preuve toxicologiques indiquaient que l’alcoolémie de M^{me} Gladue au moment de sa mort était quatre fois supérieure à la limite permise par la loi pour conduire, ce qui était encore une fois compatible avec la thèse du ministère public selon laquelle elle était allongée, avec les facultés affaiblies, au milieu du lit, et incompatible avec le témoignage de M. Barton selon lequel elle n’était que modérément ivre;

[127] Soit dit en tout respect, ces directives étaient problématiques. Plus particulièrement, au lieu de laisser entendre que le témoignage de M. Barton était parole d’Évangile, le juge du procès aurait dû expliquer aux jurés qu’au moment de définir l’« activité sexuelle », ils devaient tenir compte de l’ensemble de la preuve, à la fois directe et circonstancielle, et qu’ils n’étaient pas tenus d’accepter le témoignage de M. Barton simplement parce qu’il était le seul témoin encore vivant de l’activité sexuelle.

[128] Or, la preuve comportait des éléments solides permettant de mettre en doute la véracité de la description qu’avait donnée M. Barton de l’activité sexuelle, pour ne citer que les trois exemples suivants :

- the sexual activity in question was evidently so forceful and violent as to be lethal, which calls into question whether Ms. Gladue consented and acted in the way Mr. Barton described.

[129] However, the Crown did not appeal on this basis, so for reasons of procedural fairness, I will not consider whether the deficient instructions on the “sexual activity in question” amounted to misdirection.

E. *Instructions on Motive*

(1) Motive

[130] Motive is ulterior intention — it is the end for which a crime is committed (see *Lewis v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 821, at pp. 831-35). In most criminal matters, to establish the mental element of the offence, the Crown need not prove motive. Instead, what it must prove is “intent” (i.e., “the exercise of a free will to use particular means to produce a particular result”) (*ibid.*, at p. 831).

[131] As explained in *Lewis*, where motive does not form an essential element of the offence, the necessity of charging a jury on motive falls along a continuum. At one end of the continuum are “cases where the evidence as to identity of the [offender] is purely circumstantial and proof of motive on the part of the Crown so essential that reference must be made to motive in charging the jury” (p. 837). At the other end of the continuum are cases where there is a proven absence of motive (see pp. 837-38). In such cases, the trial judge *must* charge on motive, as the proven absence of motive is ordinarily an important factor favouring the accused (see p. 835).

[132] But between these two poles, “the necessity to charge on motive depends upon the course of the trial and the nature and probative value of the evidence adduced”, and “[i]n these cases, a substantial discretion must be left to the trial judge” (p. 838). Moreover, “motive is always a matter of fact and evidence and, therefore, primarily for the judge and jury

- l’activité sexuelle fut de toute évidence vigoureuse et violente au point d’être mortelle, ce qui amène à se demander si M^{me} Gladue a consenti et agi comme l’a relaté M. Barton.

[129] Le ministère public n’ayant cependant pas interjeté appel pour ce motif, je m’abstiendrai, par souci d’équité procédurale, d’examiner la question de savoir si les directives lacunaires sur l’« activité sexuelle » constituaient des directives erronées.

E. *Les directives sur le mobile*

(1) Le mobile

[130] Le mobile est l’intention intrinsèque — l’intention avec laquelle on commet un crime (voir *Lewis c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 821, p. 831-835). Dans la plupart des affaires criminelles, pour établir l’élément moral de l’infraction, le ministère public n’a pas à prouver le mobile. Ce qu’il doit plutôt prouver, c’est l’« intention » (c.-à-d. « l’exercice d’une libre volonté d’utiliser certains moyens pour produire certains résultats ») (*ibid.*, p. 831).

[131] Comme il est expliqué dans l’arrêt *Lewis*, lorsque le mobile ne constitue pas un élément essentiel de l’infraction, la nécessité de donner des directives au jury sur la question du mobile se situe entre deux pôles. À l’un des pôles, on trouve les « affaires où la preuve de l’identité du [délinquant] est entièrement indirecte et la preuve du mobile par le ministère public tellement essentielle qu’on doit parler du mobile dans l’adresse au jury » (p. 837). À l’autre pôle, on trouve les affaires où il y a preuve d’une absence de mobile (voir p. 837-838). Dans ces affaires, le juge du procès *doit* donner des directives sur le mobile, car la preuve de l’absence de mobile constitue généralement un facteur important qui joue en faveur de l’accusé (voir p. 835).

[132] Mais entre ces deux pôles, « la nécessité de donner une directive sur la question du mobile dépend du cours du procès et de la nature et de la valeur probante de la preuve », et « [d]ans ces derniers cas, le juge [du procès] doit pouvoir exercer une large discrétion » (p. 838). En outre, « le mobile est toujours une question de fait et de preuve et, par

rather than the appellate tribunal” and trial judges “must be given reasonable latitude” in charging the jury (p. 847). Accordingly, the trial judge’s decision as to whether to charge on motive “should not be lightly reversed” (p. 841). In addition, trial judges have discretion as to how to deal with issues relating to motive, and “there is no formula that must be followed” (*R. v. McMaster* (1998), 37 O.R. (3d) 543 (C.A.), at p. 547).

(2) Proceedings Below

[133] At trial, the Crown led no evidence of motive, and the trial judge rejected the defence’s submission that there was a proven absence of motive. There was thus no *proven absence* of motive, but rather an *absence of proven* motive.

[134] The charge on motive read:

Motive is a reason why somebody does something.

Proof of motive for the commission of an offence may be of assistance in determining whether Mr. Barton is guilty or not guilty of the offence charged or an included offence.

The Crown is not required to prove motive and, it introduced no evidence of motive.

In deciding whether people are guilty of an offence, what generally matters is what they did and whether they did it intentionally, not their reasons for doing it, although motive or the absence of motive may be of assistance in some cases.

It is for you to decide how much or how little you will rely on lack of motive to help you decide this case.

If you conclude that Bradley Barton had no motive to commit a particular offence, it would be an important

conséquent, il relève plutôt du juge et du jury que du tribunal d’appel » et « on doit [. . .] donner [au juge du procès] une latitude raisonnable » dans ses directives au jury (p. 847). Par conséquent, « on ne devrait pas infirmer [. . .] à la légère » la décision du juge du procès de donner ou non des directives portant sur le mobile (p. 841). De plus, le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire quant à la façon de traiter des questions relatives au mobile, et [TRADUCTION] « il n’y a pas de formule à suivre » (*R. c. McMaster* (1998), 37 O.R. (3d) 543 (C.A.), p. 547).

(2) Les procédures devant les juridictions inférieures

[133] Au procès, le ministère public n’a présenté aucune preuve de mobile, et le juge du procès a rejeté l’argument de la défense selon lequel il y avait preuve de l’absence de mobile. Il n’y avait donc aucune *preuve de l’absence* de mobile, mais plutôt *absence de preuve* de mobile.

[134] L’exposé au jury sur le mobile était ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

Le mobile est la raison pour laquelle quelqu’un fait quelque chose.

La preuve du mobile de la perpétration d’une infraction peut aider à décider si M. Barton est coupable ou non coupable de l’infraction reprochée ou d’une infraction incluse.

Le ministère public n’est pas tenu de prouver le mobile et il n’a présenté aucune preuve de mobile.

Lorsqu’il s’agit de décider si des gens sont coupables d’une infraction, ce qui compte généralement, c’est ce qu’ils ont fait et s’ils l’ont fait intentionnellement, et non les raisons pour lesquelles ils l’ont fait, même si le mobile ou l’absence de mobile peuvent être utiles dans certains cas.

C’est à vous de décider dans quelle mesure vous vous appuyerez sur l’absence de mobile pour vous aider à trancher la présente affaire.

Si vous concluez que Bradley Barton n’avait aucune raison de perpétrer une infraction donnée, ce serait un fait important

fact for you to consider. It is a factor that might support Mr. Barton's denial of guilt and raise a reasonable doubt that the Crown has proven its case.

Members of the jury, you should give the evidence of absence of motive the weight you think it deserves. Lack of motive is only a factor that may persuade you one way or the other whether Mr. Barton is guilty or not guilty. You must consider the issue of motive in the context of all of the evidence.

(A.R., vol. VIII, pp. 164-65)

[135] The Court of Appeal held that the trial judge should not have given the jury any instruction on motive. The court reasoned that motive was simply irrelevant to the issues in play, and the charge left the jury with the false impression that the Crown's case was deficient because it had failed to prove motive. Moreover, the charge was, in the court's view, "one-sided" (para. 83). It held that the erroneous instructions on motive affected both the charge of first degree murder and the lesser and included offence of manslaughter.

(3) Discussion

[136] Respectfully, I cannot accede to the Crown's submission that the trial judge erred in his instructions on motive. Before this Court, the parties have not argued that the absence of proven motive was relevant to the unlawful act manslaughter offence, and I need not comment further on that point. However, in my view, motive was a relevant consideration bearing upon whether Mr. Barton intended to seriously harm or kill Ms. Gladue, which would go to the fault element for murder. In these circumstances, since there was neither a proven motive nor a proven absence of motive, it fell within the trial judge's "substantial discretion" to charge on motive, and therefore this Court should defer to his discretionary decision to do so.

dont vous devriez tenir compte. Il s'agit d'un facteur qui peut étayer la dénégation de culpabilité de M. Barton et soulever un doute raisonnable au sujet de l'idée que le ministère public a fait la preuve de l'infraction reprochée.

Membres du jury, vous devez accorder à la preuve d'absence de mobile le poids que vous croyez qu'elle mérite. L'absence de mobile n'est qu'un facteur qui peut vous convaincre dans un sens ou dans l'autre quant à la question de savoir si M. Barton est coupable ou non coupable. Vous devez examiner la question du mobile compte tenu de l'ensemble de la preuve.

(d.a., vol. VIII, p. 164-165)

[135] La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'aurait pas dû donner au jury de directives sur le mobile. La cour a estimé que le mobile n'était tout simplement pas pertinent quant aux questions en jeu, et que l'exposé donnait au jury la fausse impression que la thèse du ministère public comportait des lacunes parce que celui-ci n'avait pas prouvé le mobile. En outre, l'exposé était, selon la cour, [TRADUCTION] « unilatéral » (par. 83). La cour a conclu que les directives erronées sur le mobile ont eu une incidence tant sur l'accusation de meurtre au premier degré que sur celle moindre et incluse d'homicide involontaire coupable.

(3) Analyse

[136] En toute déférence, je ne puis souscrire à l'argument du ministère public selon lequel le juge du procès a commis une erreur dans ses directives sur le mobile. Devant notre Cour, les parties n'ont pas fait valoir que l'absence de preuve de mobile était pertinente à l'égard de l'infraction d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, et je n'ai pas besoin de commenter davantage ce point. J'estime toutefois que le mobile était un facteur pertinent ayant une incidence sur la question de savoir si M. Barton avait l'intention de causer des blessures graves à M^{me} Gladue ou de la tuer, une question qui touche l'élément de faute de l'infraction de meurtre. Dans ces circonstances, étant donné qu'il n'y avait ni preuve de mobile ni preuve de l'absence de mobile, la décision de donner des directives sur le mobile relevait de la « large discrétion » du juge du procès, et la Cour doit par conséquent s'en remettre à sa décision discrétionnaire de le faire.

[137] Nor, in my view, was the charge on motive so unbalanced as to amount to misdirection. As indicated, the trial judge instructed the jury that if they found a lack of motive, then that would be an “important fact for [them] to consider”. However, at the same time, he made it perfectly clear that “[t]he Crown is not required to prove motive”, that motive or the absence of motive “may” be of assistance, and that it was up to the jury to decide “how much or how little” it would rely on lack of motive. In my view, while the motive instructions could have been clearer, when read fairly and as a whole, they were reasonably balanced and did not place undue emphasis on the importance of establishing motive or suggest that proving motive was essential for a conviction.

[138] Relatedly, while I am inclined to agree with the Court of Appeal that cases may arise in which the trial judge should explain to the jury how a “generalized purpose or attitude” — for example, an animus towards sex workers or Indigenous women, including a desire to use sex workers or Indigenous women in an objectifying or dehumanizing manner for personal gratification — could qualify as a “motive” (para. 81), in my respectful view, this was not one of those cases. I say this because the Crown did not argue at trial that there was any evidence that Mr. Barton held any such “generalized purpose or attitude” on which the jury ought to be instructed.

[139] Accordingly, I would not accede to the argument that the trial judge’s charge on motive constituted reversible error.

F. *Instructions on the Objective Fault Element of Unlawful Act Manslaughter*

(1) Proceedings Below

[140] The fault element of unlawful act manslaughter consists of “objective foreseeability of the risk of

[137] L’exposé au jury sur le mobile n’était pas non plus, à mon avis, si peu équilibré qu’il constituait une directive erronée. Comme je l’ai indiqué, le juge du procès a dit aux jurés que, s’ils concluaient à l’absence de mobile, ce serait [TRADUCTION] « un fait important dont [ils] devr[ai]ent tenir compte », mais il a en même temps indiqué très clairement que « [l]e ministère public n’est pas tenu de prouver le mobile », que le mobile ou l’absence de mobile « peuvent » être utiles et qu’il appartenait aux jurés de décider « dans quelle mesure » ils allaient s’appuyer sur l’absence de mobile. D’après moi, même si les directives portant sur le mobile auraient pu être plus claires, lorsqu’on les interprète de manière juste et dans leur ensemble, elles étaient raisonnablement équilibrées et n’insistaient pas indûment sur l’importance d’établir le mobile ni ne laissaient entendre que la preuve du mobile était essentielle à une déclaration de culpabilité.

[138] Dans le même ordre d’idées, bien que je sois porté à convenir avec la Cour d’appel qu’il peut arriver que le juge du procès doive expliquer au jury en quoi une [TRADUCTION] « intention ou attitude générale » — par exemple, une animosité envers les travailleuses du sexe ou les femmes autochtones, notamment le désir de traiter les travailleuses du sexe ou les femmes autochtones comme des objets ou d’une manière déshumanisante pour son propre plaisir — peut constituer un « mobile » (par. 81), ce n’était pas, à mon humble avis, le cas en l’espèce. Je l’affirme parce que le ministère public n’a pas soutenu au procès qu’il existait une preuve indiquant que M. Barton avait une telle « intention ou attitude générale » au sujet de laquelle le jury devait recevoir des directives.

[139] Par conséquent, je suis d’avis de ne pas accepter l’argument selon lequel l’exposé du juge du procès sur le mobile constituait une erreur justifiant l’infirmité du verdict.

F. *Les directives sur l’élément de faute objective de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal*

(1) Les procédures devant les juridictions inférieures

[140] L’élément de faute de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte

bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act” (*Creighton*, at p. 45; see also *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 961). An objectively dangerous act is one that is “likely to subject another person to danger of harm or injury” (*DeSousa*, at p. 961).

[141] At trial, the defence conceded that “clearly [the act] was dangerous. It caused death” (A.R., vol. VIII, at p. 95). The Crown accepted that it would be appropriate to instruct the jury that if they are satisfied that Mr. Barton committed an unlawful act, then it was implicit that the act was dangerous. In addition, the defence requested that the language of objectively foreseeable bodily harm be removed from the charge, and the Crown agreed to this language being taken out.

[142] However, on appeal, the Crown reversed its position, arguing that the instructions on dangerousness were deficient and the trial judge’s failure to refer to the objective fault element of unlawful act manslaughter unfairly minimized its expert evidence, particularly the expert opinion that if Ms. Gladue’s injury was caused by insertion of one’s fingers and hand up into her vagina, it would have taken such force that “an independent witness . . . would know . . . you’re going to hurt that person” (A.R., vol. IV, at p. 78). The Court of Appeal accepted the Crown’s position on appeal.

(2) Discussion

[143] Before this Court, Mr. Barton submits that the Court of Appeal should not have entertained the Crown’s submission on this point. I agree. In my respectful view, the Crown had to live with the decision it made at trial regarding the instructions on the objective fault element of unlawful act manslaughter.

illégal s’entend de « la prévisibilité objective (dans le contexte d’un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère » (*Creighton*, p. 45; voir aussi *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 961). L’acte objectivement dangereux en est un qui est « de nature à soumettre une autre personne à un risque de préjudice ou de lésions corporelles » (*DeSousa*, p. 961).

[141] Au procès, la défense a concédé que [TRADUCTION] « [l’acte] était manifestement dangereux. Il a causé la mort » (d.a., vol. VIII, p. 95). Le ministère public a reconnu qu’il conviendrait d’indiquer aux jurés que, s’ils sont convaincus que M. Barton a commis un acte illégal, l’acte était implicitement dangereux. La défense a en outre demandé que les mots « lésions corporelles objectivement prévisibles » soient retirés de l’exposé, et le ministère public a accepté le retrait de ces mots.

[142] Cependant, en appel, le ministère public est revenu sur sa position, faisant valoir que les directives quant au caractère dangereux étaient lacunaires et que l’omission du juge du procès de mentionner l’élément de faute objective de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal réduisait l’effet de sa preuve d’expert, surtout l’opinion d’expert selon laquelle, pour que la blessure de M^{me} Gladue ait été causée par l’insertion des doigts et de la main de quelqu’un dans son vagin, il aurait fallu utiliser une force telle qu’un [TRADUCTION] « témoin indépendant [. . .] saurait [. . .] que la personne finira par faire mal à l’autre » (d.a., vol. IV, p. 78). La Cour d’appel a souscrit à la position du ministère public en appel.

(2) Analyse

[143] Devant notre Cour, M. Barton soutient que la Cour d’appel n’aurait pas dû examiner l’argument du ministère public sur ce point. Je suis d’accord. À mon humble avis, le ministère public devait composer avec la décision qu’il avait prise au procès concernant les directives sur l’élément de faute objective de l’infraction d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal.

G. *Instructions on After-the-Fact Conduct*(1) Proceedings Below

[144] At trial, the Crown argued that Mr. Barton’s after-the-fact conduct betrayed his consciousness of guilt for having committed an offence and belied his claim that Ms. Gladue’s death was a mere “accident”, though the Crown conceded that this evidence was irrelevant to whether he had the requisite intent for murder. The alternative inference, urged by Mr. Barton, was that his actions were motivated by his shock, panic, and fear that his wife and employer would discover he was involved with a prostitute. He also maintained that his string of lies was a result of his inability to trust anyone.

[145] In his charge on consciousness of guilt, the trial judge instructed the jury not to infer that Mr. Barton “is guilty of any offence as a result of his after-the-fact conduct, but [that conduct] may be used to assess his claim that Cindy Gladue’s injury was an accident. . . . This evidence might only be used to draw an inference relating to Ms. Gladue’s injuries being accidental” (A.R., vol. I, pp. 148-49). He did not instruct the jury that they could consider Mr. Barton’s after-the-fact conduct in assessing his overall credibility.

[146] The Court of Appeal held that these instructions were deficient in several ways, mainly: (1) they failed to instruct the jury to consider Mr. Barton’s after-the-fact conduct in evaluating his overall credibility, and (2) they impermissibly confined the permissible uses of the after-the-fact conduct evidence to rebutting the “defence” of “accident”.

[147] On the latter point, the Court of Appeal considered that a key word was missing from the

G. *Les directives relatives au comportement après le fait*(1) Les procédures devant les juridictions inférieures

[144] Au procès, le ministère public a fait valoir que le comportement de M. Barton après le fait trahissait sa conscience de culpabilité d’avoir commis une infraction et contredisait sa prétention selon laquelle la mort de M^{me} Gladue était un simple [TRADUCTION] « accident », bien qu’il ait concédé que cet élément de preuve n’était pas pertinent quant à la question de savoir si M. Barton avait l’intention requise pour commettre un meurtre. Selon la conclusion subsidiaire que préconise M. Barton, ses actes étaient attribuables à son état de choc et de panique de même qu’à la crainte que son épouse et son employeur découvrent qu’il avait retenu les services d’une prostituée. Il a également soutenu que ses mensonges étaient dus à son incapacité de faire confiance à qui que ce soit.

[145] Dans son exposé sur la conscience de culpabilité, le juge du procès a dit aux jurés de ne pas conclure que M. Barton [TRADUCTION] « est coupable d’une infraction en raison de son comportement après le fait, mais [que ce comportement] peut être utilisé pour apprécier sa prétention selon laquelle la blessure de Cindy Gladue était un accident. [. . .] Cet élément de preuve ne peut servir qu’à tirer une conclusion relative au caractère accidentel des blessures de M^{me} Gladue » (d.a., vol. I, p. 148-149). Il n’a pas précisé aux jurés qu’ils pouvaient tenir compte du comportement de M. Barton après le fait pour apprécier sa crédibilité générale.

[146] La Cour d’appel a conclu que ces directives étaient lacunaires sous plusieurs rapports, notamment : (1) elles n’indiquaient pas au jury de tenir compte du comportement de M. Barton après le fait pour apprécier sa crédibilité générale, et (2) elles limitaient de façon inacceptable les utilisations permises de la preuve relative au comportement après le fait à la réfutation de la [TRADUCTION] « défense d’accident ».

[147] Sur ce dernier point, la Cour d’appel a estimé qu’il manquait un mot clé dans la phrase suivante

following sentence in the charge: “You cannot infer that Mr. Barton is guilty of any [specific] offence as a result of his after-the-fact conduct, but it may be used to access his claim that Cindy Gladue’s injury was an accident” (para. 63). The word “specific” was required because the charge was intended to communicate to the jury that they could not infer from Mr. Barton’s after-the-fact conduct that he thought he committed *murder*, as opposed to some other offence. The Court of Appeal considered that this omission would have left the jury with the mistaken impression that the after-the-fact conduct evidence could not be used to infer guilt at all.

[148] The Court of Appeal held that these two errors warranted a new trial on first degree murder.

(2) Discussion

[149] In my respectful view, the Court of Appeal should not have ordered a new trial on the after-the-fact conduct issue. This conclusion flows from two sets of procedural fairness principles reviewed above: (1) the Crown’s limited right to appeal an acquittal, and (2) the requirements that must be observed by appellate courts when raising new issues. I will apply these principles in turn.

[150] First, the Crown was actively involved in drafting the jury charge and in fact requested an instruction nearly identical to language that, according to the Court of Appeal, amounted to reversible misdirection. Further, at no point did the Crown request a specific instruction directing the jury to consider Mr. Barton’s after-the-fact conduct in assessing his credibility. Instead, the Crown actively assisted in drafting the charge, vetted the final draft, and did not object. In short, the Crown not only gave its blessing to the alleged error, it largely created it. As Doherty J.A. wrote in *R. v. Bouchard*, 2013 ONCA 791, 314 O.A.C. 113, aff’d 2014 SCC 64, [2014] 3 S.C.R. 283, “[w]hen the trial judge’s instructions are consistent with the instructions worked out by

de l’exposé : [TRADUCTION] « Vous ne pouvez pas conclure que M. Barton est coupable d’une infraction [précise] en raison de son comportement après le fait, mais [ce comportement] peut être utilisé pour évaluer sa prétention voulant que la blessure de Cindy Gladue ait été accidentelle » (par. 63). Le mot « précise » était nécessaire parce que l’exposé visait à informer les jurés qu’ils ne pouvaient pas conclure du comportement de M. Barton après le fait qu’il pensait avoir commis un *meurtre*, par opposition à une autre infraction. La Cour d’appel a estimé que cette omission avait donné au jury la fausse impression que la preuve relative au comportement après le fait ne pouvait absolument pas être utilisée pour conclure à la culpabilité.

[148] La Cour d’appel a jugé que ces deux erreurs justifiaient la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

(2) Analyse

[149] À mon humble avis, la Cour d’appel n’aurait pas dû ordonner la tenue d’un nouveau procès sur la question du comportement après le fait. Cette conclusion découle de deux principes d’équité procédurale examinés précédemment : (1) le droit restreint du ministère public de porter en appel un acquittement, et (2) les exigences auxquelles doivent satisfaire les cours d’appel lorsqu’elles soulèvent de nouvelles questions. J’appliquerai ces principes successivement.

[150] Premièrement, le ministère public a participé activement à la rédaction de l’exposé au jury et a en fait demandé une directive presque identique à un libellé qui, selon la Cour d’appel, constituait une directive erronée justifiant l’infirmité du verdict. De plus, le ministère public n’a jamais demandé de directive précise intimant au jury de tenir compte du comportement de M. Barton après le fait pour apprécier sa crédibilité. Le ministère public a plutôt collaboré activement à la rédaction de l’exposé et examiné soigneusement la version définitive, sans s’y opposer. Bref, le ministère public a non seulement approuvé l’erreur alléguée, mais il l’a aussi en grande partie créée. Comme l’a écrit le juge d’appel Doherty dans *R. c. Bouchard*, 2013 ONCA 791,

counsel and the trial judge in the pre-charge conference, and counsel has no objections after the charge is delivered, it is an understatement to describe counsel's silence as merely 'a failure to object'" (para. 38). Moreover, the Crown did not target the instructions on after-the-fact conduct in its notice of appeal or factum before the Court of Appeal. Instead, as I will explain, the Court of Appeal raised the issue on its own motion.

[151] Second, although the Court of Appeal notified the parties at the outset of the hearing that it would raise new issues, it did not specify the precise nature of those issues or indicate whether one or more could result in Mr. Barton's acquittal being set aside. Further, although the issues relating to the charge on after-the-fact conduct had evidently crystallized *before* the hearing began, the court did not advise defence counsel of its concerns prior to the hearing. As a result, defence counsel was not in a position to seek an adjournment to consider the issue and potentially provide further written submissions. The court then allowed the Crown to advance certain arguments on after-the-fact conduct for the first time in reply submissions, and at the end of the hearing the court indicated that there was no need for further written argument. In my respectful view, applying *Mian*, this was an instance in which it was necessary to request supplementary written submissions from both parties, whether before or after the hearing, particularly since the after-the-fact conduct issue put Mr. Barton's acquittal on the line.

[152] For these reasons, I am respectfully of the view that the Court of Appeal should not have ordered a new trial based on the alleged deficiencies in the after-the-fact conduct instructions. Further, I would not entertain the Crown's arguments on the after-the-fact conduct instructions here.

314 O.A.C. 113, conf. par 2014 CSC 64, [2014] 3 R.C.S. 283, [TRADUCTION] « [L]orsque les directives du juge du procès sont conformes à celles élaborées par les avocats et le juge du procès lors de la conférence préalable à l'exposé, et que les avocats n'expriment aucune opposition une fois que l'exposé est fait, c'est un euphémisme de dire que le silence de l'avocat constitue une simple "omission de s'opposer" » (par. 38). En outre, le ministère public n'a pas mentionné les directives relatives au comportement après le fait dans l'avis d'appel ou le mémoire qu'il a déposés à la Cour d'appel. Comme je l'expliquerai, c'est plutôt la Cour d'appel qui a soulevé la question de son propre chef.

[151] Deuxièmement, bien que la Cour d'appel ait avisé les parties à l'ouverture de l'audience qu'elle entendait soulever de nouvelles questions, elle n'a pas précisé la nature de ces questions ni indiqué si une ou plusieurs d'entre elles pouvaient entraîner l'annulation de l'acquittement de M. Barton. De plus, même si les questions relatives à l'exposé sur le comportement après le fait ont de toute évidence pris corps *avant* le début de l'audience, la cour n'a pas fait connaître ses préoccupations à l'avocat de la défense avant l'audience. L'avocat de la défense n'était donc pas en mesure de demander un ajournement pour examiner la question et éventuellement présenter d'autres observations écrites. La cour a ensuite autorisé le ministère public à faire valoir pour la première fois certains arguments sur le comportement après le fait dans des observations en réponse et, à la fin de l'audience, la cour a indiqué qu'une argumentation écrite supplémentaire n'était pas nécessaire. À mon humble avis, si l'on applique l'arrêt *Mian*, il s'agissait d'un cas où il fallait demander des observations écrites supplémentaires aux deux parties, avant ou après l'audience, d'autant plus que la question du comportement après le fait mettait en jeu l'acquittement de M. Barton.

[152] Pour ces motifs, j'estime, en toute déférence, que la Cour d'appel n'aurait pas dû ordonner la tenue d'un nouveau procès en raison des lacunes que présenteraient les directives relatives au comportement après le fait. De plus, je suis d'avis de ne pas examiner ici les arguments du ministère public sur les directives relatives au comportement après le fait.

[153] Lastly, though I need not finally decide the issue, I am skeptical of the Crown’s argument that the trial judge’s instructions on after-the-fact conduct were so defective as to amount to reversible error. I say this for three main reasons.

[154] First, beginning with the absence of a specific instruction linking Mr. Barton’s after-the-fact conduct to his overall credibility, this Court’s jurisprudence confirms that after-the-fact conduct can be used to impugn the accused’s credibility (see *Jaw*, at para. 39, citing *R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 26). That said, I am not persuaded the jury would have failed to recognize, as a matter of common sense, that the fact Mr. Barton admittedly told a string of lies following Ms. Gladue’s death could be considered in assessing his overall credibility. Much of course would depend on the jury’s assessment of Mr. Barton’s explanations for having told these lies. Assuming his explanations were rejected as untruthful, then in line with the trial judge’s general instructions on assessing credibility, the jurors would have recognized that a person who lies is less worthy of belief. To suggest otherwise is to assume jurors leave their common sense at the door when they enter the courtroom. Furthermore, I observe that the Crown never requested a specific instruction linking Mr. Barton’s after-the-fact conduct to his credibility, nor has it suggested, whether before this Court or the courts below, that his after-the-fact conduct had any bearing whatsoever on whether he had the requisite intent for murder. To the contrary, Crown counsel stressed at trial: “I want to make sure . . . that after-the-fact conduct goes to his . . . position that this is an accident, not intention for murder or manslaughter” (A.R., vol. VI, at p. 156 (emphasis added)).

[155] Second, while the trial judge’s failure to include the word “specific” in his charge was undoubtedly an error, I doubt this omission irreparably

[153] Enfin, bien que je n’aie pas à trancher la question de façon définitive, j’ai des doutes à propos de l’argument du ministère public selon lequel les directives du juge du procès relatives au comportement après le fait étaient défectueuses au point de constituer une erreur justifiant l’infirmité du verdict. Je l’affirme pour trois principales raisons.

[154] Commençons par l’absence de directive précise établissant un lien entre le comportement de M. Barton après le fait et sa crédibilité générale. La jurisprudence de notre Cour confirme que l’on peut se servir de la conduite après le fait pour attaquer la crédibilité de l’accusé (voir *Jaw*, par. 39, citant *R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 26). Cela dit, je ne suis pas convaincu que le jury n’aurait pas reconnu, par bon sens, qu’il était possible de tenir compte du fait que M. Barton a avoué avoir raconté un tissu de mensonges à la suite de la mort de M^{me} Gladue dans l’évaluation de sa crédibilité générale. Cela dépend bien sûr en grande partie de ce que pense le jury des explications données par M. Barton pour avoir raconté ces mensonges. À supposer que ses explications aient été rejetées car elles n’étaient pas dignes de foi, les jurés auraient alors reconnu, en conformité avec les directives générales du juge du procès sur l’évaluation de la crédibilité, qu’une personne qui ment est moins digne de foi. Prétendre le contraire revient à supposer que les jurés cessent de faire preuve de bon sens en entrant dans la salle d’audience. Je note en outre que le ministère public n’a jamais demandé de directive précise établissant un lien entre le comportement de M. Barton après le fait et sa crédibilité et il n’a pas non plus laissé entendre, que ce soit devant notre Cour ou les juridictions inférieures, que sa conduite après le fait avait un quelconque rapport avec la question de savoir s’il avait l’intention requise pour commettre un meurtre. Au contraire, la procureure du ministère public a souligné au procès : [TRADUCTION] « Je tiens à m’assurer [. . .] que le comportement après le fait touche à son [. . .] opinion qu’il s’agit d’un accident, et non à l’intention de commettre un meurtre ou un homicide involontaire coupable » (d.a., vol. VI, p. 156 (je souligne)).

[155] Ensuite, bien que le juge du procès ait sans aucun doute commis une erreur en n’ajoutant pas le mot [TRADUCTION] « précise » dans son exposé,

tainted the charge. In assessing the seriousness of this error, it must be borne in mind that a charge should not be “endlessly dissected and subjected to minute scrutiny and criticism” (*R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 163); “[a]n appellate court must examine the alleged error in the context of the entire charge and of the trial as a whole” (*Jaw*, at para. 32); and at the end of the day, “[i]t is the overall effect of the charge that matters” (*Daley*, at para. 31). With these principles in mind, I note that the trial judge’s charge on after-the-fact conduct contained a number of passages that are both clear and free from legal error, including the following:

- “[t]he Crown’s position is that [the after-the-fact conduct] evidence is circumstantial evidence that can lead you to conclude that Mr. Barton is guilty of criminal conduct, as opposed to having caused Ms. Gladue’s death by accident” (A.R., vol. VIII, at pp. 169-70);
- “[y]ou must not infer Mr. Barton’s guilt from his after-the-fact conduct unless, when you consider it along with all the other evidence, you are satisfied that it is consistent with his guilt and is inconsistent with any other reasonable conclusion” (p. 170);
- “evidence of after-the-fact conduct has only an indirect bearing on the issue of Mr. Barton’s guilt. You must be careful about inferring his guilt from this evidence because there might be other explanations for this conduct” (pp. 170-71); and
- “[y]ou cannot use [the after-the-fact conduct] evidence to draw any conclusion as to which of the available offences Mr. Barton might be guilty of” (p. 172).

[156] In my view, when read fairly and as a whole, the trial judge’s charge on after-the-fact conduct adequately, albeit imperfectly, conveyed to the jury that

je doute que cette omission a entaché l’exposé de manière irréparable. Pour juger de la gravité de cette erreur, il faut garder à l’esprit qu’on ne doit pas « sans cesse disséquer [l’exposé], [l]e soumettre à un examen détaillé et [l]e critiquer » (*R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 163); « [u]ne cour d’appel doit examiner l’erreur alléguée dans le contexte de l’ensemble de l’exposé au jury et du déroulement général du procès » (*Jaw*, par. 32); en définitive, « [c]’est l’effet global de l’exposé qui compte » (*Daley*, par. 31). Ayant ces principes à l’esprit, je signale que l’exposé du juge du procès sur le comportement après le fait renfermait plusieurs passages à la fois clairs et non entachés d’une erreur de droit, dont les suivants :

[TRADUCTION]

- « [l]e ministère public estime que [la preuve relative au comportement après le fait] est une preuve circonstancielle qui peut vous amener à conclure que M. Barton est coupable d’une conduite criminelle au lieu d’avoir causé accidentellement la mort de M^{me} Gladue » (d.a., vol. VIII, p. 169-170);
- “[v]ous ne devez pas déduire du comportement de M. Barton après le fait qu’il est coupable, sauf si, eu égard à ce comportement et aux autres éléments de preuve, vous êtes convaincus que celui-ci est compatible avec la culpabilité de M. Barton et incompatible avec toute autre conclusion raisonnable » (p. 170);
- « la preuve relative au comportement après le fait n’a qu’une incidence indirecte sur la culpabilité de M. Barton. Vous devez faire preuve de prudence avant de déduire sa culpabilité de la preuve car il peut y avoir d’autres explications à ce comportement » (p. 170-171); et
- « [v]ous ne pouvez utiliser [la preuve relative au comportement après le fait] pour tirer quelque conclusion que ce soit à propos des infractions dont M. Barton pourrait être coupable » (p. 172).

[156] À mon avis, interprété équitablement dans son ensemble, l’exposé du juge du procès sur le comportement après le fait explique adéquatement au

they could consider Mr. Barton's after-the-fact conduct in assessing guilt and equipped them to do so.

[157] Third, it is telling that the Crown not only vetted and approved the instructions on after-the-fact conduct, but also helped shape those instructions. As indicated, when assessing whether an alleged error in a jury charge warrants appellate intervention, the failure to object “says something about both the overall accuracy of the jury instructions and the seriousness of the alleged misdirection” (*Jacquard*, at para. 38; see also *Thériault*, at pp. 343-44; *Daley*, at para. 58; *Patel*, at para. 82), and this is particularly the case where counsel has specifically endorsed the instruction in question (see *Patel*, at para. 82). Not only that, but the Crown did not even target the instructions on after-the-fact conduct in its notice of appeal or factum before the Court of Appeal, and when the court raised the matter for the first time, Crown counsel requested additional time to research the issue. In sum, in light of the Crown's conduct in the courts below, it can hardly be said that the alleged errors were glaring and serious.

[158] Accordingly, while I need not finally decide the matter, I am inclined to the view that the trial judge's instructions on after-the-fact conduct, while imperfect, were not so defective as to amount to reversible error. Regardless, any deficiencies in those instructions can be rectified by the trial judge presiding over the new trial on unlawful act manslaughter, to which I now turn.

H. *New Trial*

[159] Having addressed the key substantive issues on appeal, I come to the question of remedy: Is a new trial warranted? If so, on what offence — murder, manslaughter, or both?

jury, quoique de manière imparfaite, qu'ils peuvent tenir compte de la conduite de M. Barton après le fait dans l'examen de sa culpabilité et leur donne les outils dont ils ont besoin pour le faire.

[157] Troisièmement, il est révélateur que le ministre public a non seulement étudié et approuvé les directives sur le comportement après le fait, mais aussi contribué à leur formulation. Comme je l'ai indiqué, lorsqu'il s'agit de se demander si l'erreur dont serait entaché l'exposé au jury justifie une intervention en appel, l'omission de s'opposer à l'exposé « est révélatrice quant à la justesse générale des directives au jury et à la gravité de la directive qui serait erronée » (*Jacquard*, par. 38; voir aussi *Thériault*, p. 343-344; *Daley*, par. 58; *Patel*, par. 82), et cela est particulièrement vrai lorsque l'avocat a souscrit explicitement à la directive en question (voir *Patel*, par. 82). Qui plus est, le ministre public ne s'est même pas attardé aux directives sur le comportement après le fait dans son avis d'appel ou son mémoire soumis à la Cour d'appel, et quand cette dernière a soulevé la question la première fois, la procureure du ministre public a demandé plus de temps pour faire des recherches à ce sujet. En somme, vu la façon dont le ministre public s'est comporté devant les juridictions inférieures, on ne peut guère affirmer que les erreurs reprochées étaient flagrantes et graves.

[158] En conséquence, bien que je n'aie pas à trancher le point de manière définitive, je suis enclin à penser que les directives du juge du procès sur le comportement après le fait, quoiqu'imparfaites, n'étaient pas défectueuses au point de constituer une erreur justifiant l'infirmité du verdict. Quoi qu'il en soit, toute faille dans ces directives peut être corrigée par le juge qui présidera le nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, procès que j'examinerai maintenant.

H. *Le nouveau procès*

[159] Après avoir examiné les principales questions de fond soulevées en appel, j'en viens à la question de la réparation : Un nouveau procès est-il justifié? Si oui, pour quelle infraction : le meurtre, l'homicide involontaire coupable, ou les deux?

[160] In considering these questions, this Court must keep in mind that a jury acquittal is not set aside lightly (see *R. v. Sutton*, 2000 SCC 50, [2000] 2 S.C.R. 595, at para. 2). To secure a new trial, the Crown bears a heavy burden: it must demonstrate that the error or errors in question “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (*R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). A mere hypothetical possibility that the accused would have been convicted but for the error or errors will not suffice (see *ibid.*). However, the Crown is not required to demonstrate that the verdict would necessarily have been different (see *ibid.*).

(1) A New Trial on Unlawful Act Manslaughter Is Warranted

[161] To acquit Mr. Barton of unlawful act manslaughter, the jury had to resolve the central questions of whether Ms. Gladue subjectively consented to the “sexual activity in question” in accordance with s. 273.1(1) of the *Code* and, if not, whether Mr. Barton honestly but mistakenly believed she communicated her consent to that sexual activity at the time it occurred.

[162] In my view, the failure to implement the s. 276 regime carried a significant risk that the jury would, whether consciously or unconsciously, engage in impermissible forms of reasoning on these central issues, thereby irreparably tainting the truth-seeking process. In the context of this particular case, which involved an Indigenous woman who engaged in sex work and who was not alive to tell the jury her side of the story, this error was particularly grave, as the risk of prior sexual activity evidence being used improperly, thereby compromising the truth-seeking function of the courts, was exceptionally high. Without proper instruction, the jury was left to cobble together its own unstated rules about how it would use this evidence. Furthermore, the trial judge’s failure to implement the s. 276 regime was exacerbated by, and was inseparable from, the

[160] En examinant ces questions, notre Cour doit se rappeler que l’acquittal par un jury ne doit pas être annulé à la légère (voir *R. c. Sutton*, 2000 CSC 50, [2000] 2 R.C.S. 595, par. 2). Pour obtenir un nouveau procès, le ministère public doit s’acquitter d’un lourd fardeau : il doit démontrer « qu’il serait raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, que [l’erreur ou les erreurs en question] [. . .] ont eu une incidence significative sur le verdict d’acquittal » (*R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2016] 1 R.C.S. 609, par. 14). La simple possibilité hypothétique que l’accusé ait été déclaré coupable n’eussent été l’erreur ou les erreurs ne suffit pas (voir *ibid.*). Cependant, le ministère public n’est pas tenu de démontrer que le verdict aurait nécessairement été différent (voir *ibid.*).

(1) La tenue d’un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est justifiée

[161] Pour acquitter M. Barton de l’accusation d’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, le jury devait résoudre les questions cruciales de savoir si M^{me} Gladue avait consenti subjectivement à l’« activité sexuelle » conformément au par. 273.1(1) du *Code* et, dans la négative, si M. Barton avait cru sincèrement mais à tort qu’elle avait communiqué son consentement à cette activité sexuelle au moment où elle avait eu lieu.

[162] À mon avis, l’omission d’appliquer le régime prévu par l’art. 276 risquait grandement d’amener les jurés à adopter, consciemment ou non, des formes inadmissibles de raisonnement sur ces questions cruciales, entachant ainsi irrémédiablement la recherche de la vérité. Dans le contexte de la présente affaire, où il était question d’une femme autochtone qui travaillait dans l’industrie du sexe et qui n’était plus là pour relater sa version des faits au jury, cette erreur était particulièrement grave, car le risque que la preuve relative au comportement sexuel antérieur soit mal utilisée, entravant par le fait même la fonction de recherche de la vérité des tribunaux, était exceptionnellement élevé. Sans directives appropriées, il ne restait plus au jury qu’à concocter ses propres règles tacites sur la façon d’utiliser cette preuve. De plus, l’omission du juge du procès d’appliquer le régime

failure to caution the jury against mistakes of law masquerading as mistakes of fact when considering the defence of honest but mistaken belief in communicated consent — assuming that defence was available to Mr. Barton at all. That will be a matter for the presiding judge at the new trial.

[163] Individually, these errors were serious. Together, they were devastating. They went straight to the heart of the lesser and included offence of unlawful act manslaughter, which was premised on sexual assault. Accordingly, I am satisfied that the Crown has met its heavy burden: in the concrete reality of the case at hand, it can reasonably be thought that the trial judge's errors had a material bearing on Mr. Barton's acquittal for unlawful act manslaughter. Therefore, I would order a new trial on that offence.

[164] The only question that remains is whether a new trial on first degree murder is also warranted.

(2) A New Trial on First Degree Murder Is Not Warranted

[165] The Crown conceded before the Court of Appeal that the only ground of appeal that would warrant a new trial on first degree murder was the motive issue. Nonetheless, the Court of Appeal held that non-compliance with the s. 276 regime warranted a new trial on first degree murder.

[166] Reversing its position from the one it took before the Court of Appeal, the Crown now argues that the entire charge was tainted by the failure to observe the requirements of s. 276. Respectfully, for three main reasons, I cannot agree.

[167] First, the Crown's case on first degree murder hinged on a relatively straightforward factual

prévu par l'art. 276 a été aggravée, sans pouvoir en être dissociée, par le défaut de mettre le jury en garde contre les erreurs de droit déguisées en erreurs de fait au moment d'examiner la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué — à supposer que M. Barton ait pu se prévaloir de ce moyen de défense. Il appartiendra au juge qui présidera le nouveau procès de trancher cette question.

[163] Prises isolément, ces erreurs étaient graves. Prises ensemble, elles étaient désastreuses. Elles sont allées directement au cœur de l'infraction moindre et incluse d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, qui était fondée sur l'agression sexuelle. Par conséquent, je suis convaincu que le ministère public s'est acquitté de son lourd fardeau : compte tenu des faits concrets de l'affaire, il est raisonnable de penser que les erreurs du juge du procès ont eu une incidence significative sur l'acquiescement de M. Barton à l'égard de l'accusation d'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. En conséquence, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour cette infraction.

[164] La seule question qui subsiste est de savoir si la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré est elle aussi justifiée.

(2) La tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré n'est pas justifiée

[165] Le ministère public a concédé devant la Cour d'appel que le seul moyen d'appel qui justifierait la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré était la question du mobile. La Cour d'appel a néanmoins conclu que le non-respect du régime prévu par l'art. 276 justifiait la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré.

[166] Revenant sur la position qu'il a prise en Cour d'appel, le ministère public fait maintenant valoir que l'ensemble de l'exposé a été entaché par la non-observation des exigences de l'art. 276. En toute déférence, je ne puis me ranger à son avis pour trois raisons principales.

[167] Premièrement, la thèse du ministère public à l'égard du meurtre au premier degré tenait à une

question: Did Mr. Barton cut Ms. Gladue using a sharp object? Indeed, the Crown stressed in its closing submissions to the jury that “[t]he major determination for you in this case is whether Mr. Barton used a knife” (A.R., vol. V, at p. 222). If he did, then the only question was whether he had the requisite mental element for murder, and keeping in mind the common sense inference that a person generally intends the natural and probable consequences of his or her actions (see *Daley; R. v. Walle*, 2012 SCC 41, [2012] 2 S.C.R. 438, at para. 3), the trial judge rightly noted that “it [would] not be much of a stretch to conclude that there was an intention to harm or injure her” (A.R., vol. I, at p. 137). However, if the jury was *not* satisfied that Mr. Barton cut Ms. Gladue, then the charge of murder could not be sustained, a point conceded by the Crown at trial.

[168] The Crown made a tactical choice to focus its efforts on developing its theory that Mr. Barton cut Ms. Gladue using a sharp object. Absent evidence of a “murder weapon”, the Crown’s murder case turned primarily on its expert evidence that Ms. Gladue’s fatal wound was a cut. Evidently, the jury was not persuaded. This can perhaps be explained by defence counsel’s success in casting doubt on the Crown experts’ opinion during cross-examination and pitting that evidence against the opinion of his own expert, which contrasted starkly with that of the Crown experts. In short, on the factual question of whether Mr. Barton cut Ms. Gladue, the Crown lost in a battle of experts.

[169] Second, and relatedly, the Crown has provided no plausible explanation for how the jury could have used prior sexual activity evidence to improperly reason its way through the first degree murder charge.

question factuelle relativement simple : M. Barton avait-il infligé une coupure à M^{me} Gladue au moyen d’un objet tranchant? En effet, dans son plaidoyer final au jury, le ministère public a souligné que [TRADUCTION] « [l]a principale question que vous devez trancher dans la présente affaire est de savoir si M. Barton a utilisé un couteau » (d.a., vol. V, p. 222). S’il l’a fait, alors la seule question qui se posait était de savoir s’il avait l’élément moral requis pour le meurtre, et compte tenu de la déduction conforme au bon sens selon laquelle une personne souhaite généralement les conséquences naturelles et probables de ses actes (voir *Daley; R. c. Walle*, 2012 CSC 41, [2012] 2 R.C.S. 438, par. 3), le juge du procès a fait observer à juste titre qu’il [TRADUCTION] « ne [serait] pas exagéré de conclure qu’il avait l’intention de lui faire du mal ou de la blesser » (d.a., vol. I, p. 137). Cependant, si le jury *n’était pas* convaincu que M. Barton a infligé une coupure à M^{me} Gladue, alors l’accusation de meurtre ne pouvait être maintenue, un point que le ministère public a concédé au procès.

[168] Le ministère public a fait le choix stratégique de concentrer ses efforts sur le développement de sa thèse voulant que M. Barton ait infligé une coupure à M^{me} Gladue au moyen d’un objet tranchant. Faute de preuve de l’existence d’une [TRADUCTION] « arme du crime », la thèse de meurtre du ministère public reposait principalement sur sa preuve d’expert selon laquelle la blessure mortelle de M^{me} Gladue était une coupure. De toute évidence, le jury n’en a pas été convaincu. Cela s’explique peut-être par le fait que l’avocat de la défense a réussi à jeter un doute sur l’avis des experts du ministère public lors du contre-interrogatoire et à y opposer l’avis de sa propre experte, lequel contrastait nettement avec celui des experts du ministère public. En somme, sur la question factuelle de savoir si M. Barton avait infligé une coupure à M^{me} Gladue, le ministère public a perdu la bataille des experts.

[169] Deuxièmement, et sur une note connexe, le ministère public n’a fourni aucune explication plausible quant à la façon dont le jury aurait pu utiliser la preuve relative au comportement sexuel antérieur pour en arriver à une réflexion irrégulière sur l’accusation de meurtre au premier degré.

[170] Third, the Crown acknowledged in the court below that the only ground of appeal implicating the murder charge was the motive issue. However, as I have explained, the motive instructions were not tainted by reversible error. Accordingly, the Crown has not demonstrated any error spilling over into the murder charge.

[171] Assuming however, for the sake of argument, that the trial judge did err by instructing the jury on motive because motive was simply irrelevant to the issues in play, I am not satisfied that the error would meet the stringent *Graveline* threshold. In my respectful view, the mere possibility that the trial judge's instructions might have left the jury with the mistaken impression that the Crown's failure to prove motive was a fundamental flaw in its case is, in the concrete reality of the case at hand, too speculative to meet this stringent threshold. This is particularly so given the trial judge's instruction that "[t]he Crown is not required to prove motive" (A.R., vol. I, at p. 146) and given that, at the end of the day, the murder charge hinged largely on the expert evidence bearing on whether Ms. Gladue's fatal wound was caused by a sharp object.

[172] Moreover, as I have already explained, I am inclined to the view that the absence of a specific instruction linking Mr. Barton's after-the-fact conduct to his credibility was of no moment. Further, in relation to the murder charge, I would reiterate that the Crown has not suggested, whether before this Court or the courts below, that Mr. Barton's after-the-fact conduct had any bearing whatsoever on whether he had the requisite intent for murder. To the contrary, Crown counsel stressed at trial: "I want to make sure . . . that after-the-fact conduct goes to his . . . position that this is an accident, not intention for murder or manslaughter" (A.R., vol. VI, at p. 156 (emphasis added)).

[170] Troisièmement, le ministère public a reconnu en appel que le seul moyen d'appel touchant l'accusation de meurtre était la question du mobile. Or, comme je l'ai expliqué, les directives sur le mobile n'étaient entachées d'aucune erreur justifiant l'infirmité du verdict. Le ministère public n'a donc pas démontré l'existence d'une erreur qui aurait déteint sur l'accusation de meurtre.

[171] À supposer toutefois, pour les besoins du débat, que le juge du procès ait commis une erreur en donnant des directives au jury sur le mobile parce que le mobile n'était tout simplement pas pertinent à l'égard des questions en jeu, je ne suis pas convaincu que cette erreur pourrait satisfaire au critère exigeant énoncé dans l'arrêt *Graveline*. À mon humble avis, la simple possibilité que les directives du juge du procès aient donné au jury la fausse impression que l'omission du ministère public de prouver le mobile constituait une lacune fondamentale dans sa thèse est, compte tenu des faits concrets de l'affaire, trop hypothétique pour satisfaire à ce critère exigeant. Cela est d'autant plus vrai compte tenu de la directive du juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « [l]e ministère public n'est pas tenu de prouver le mobile » (d.a., vol. I, p. 146) et du fait qu'en définitive, l'accusation de meurtre reposait en grande partie sur la preuve d'expert ayant trait à la question de savoir si la blessure mortelle de M^{me} Gladue avait été causée par un objet tranchant.

[172] Qui plus est, comme je l'ai déjà expliqué, je suis enclin à penser que l'absence de directive précise établissant un lien entre le comportement de M. Barton après le fait et sa crédibilité était sans importance. De plus, en ce qui concerne l'accusation de meurtre, je répète que le ministère public n'a pas laissé entendre, que ce soit devant notre Cour ou les juridictions inférieures, que la conduite de M. Barton après le fait avait un quelconque rapport avec la question de savoir s'il avait l'intention requise pour commettre un meurtre. Au contraire, la procureure du ministère public a souligné au procès : [TRADUCTION] « Je tiens à m'assurer [. . .] que le comportement après le fait touche à son [. . .] opinion qu'il s'agit d'un accident, et non à l'intention de commettre un meurtre ou un homicide involontaire coupable » (d.a., vol. VI, p. 156 (je souligne)).

[173] As for the possibility raised by my colleagues Abella and Karakatsanis JJ. that because Ms. Gladue was referred to as a “Native” and a “prostitute” during the trial, the jury might have acquitted Mr. Barton of murder (and inexorably manslaughter as well) on the basis of reasoning that was “tainted by conscious or unconscious racial prejudice or reliance on racist stereotypes” (para. 231), I respectfully take issue with my colleagues’ approach.

[174] As a matter of procedural fairness, this issue was not raised as a ground of appeal before the Court of Appeal, nor did the Crown request a specific instruction designed to address this matter at trial. In these circumstances, I question the propriety of raising this issue as a basis for ordering a new trial on murder.

[175] Be that as it may, while I accept that there is always a risk that conscious or unconscious bias will seep into a juror’s analysis, in this case there was a simple and obvious explanation for why the jury unanimously acquitted Mr. Barton of murder that does not require this Court to speculate about the potential influence of conscious or unconscious bias. The Crown chose to rest its theory of murder on the notion that Mr. Barton cut Ms. Gladue using a sharp object. That theory depended largely on the expert evidence it called — evidence which suffered from gaps and holes which rendered it less than compelling. Hence, this was by no means a case in which we are left wondering how 12 independent jurors could have acquitted Mr. Barton of murder without resorting to reasoning based on conscious or unconscious bias. To the contrary, there was a perfectly legitimate explanation for the acquittal that does not involve impermissible reasoning: the Crown’s theory simply did not hold up under scrutiny.

[176] I further note that when sworn in, all 12 jurors took an oath that they would perform their duties in a fair, impartial, and unbiased manner, and that they would render a true verdict according to the evidence. The trial judge reminded the jurors of this in his final instructions: he explained that they

[173] Quant à la possibilité évoquée par mes collègues les juges Abella et Karakatsanis que, comme on a qualifié M^{me} Gladue en anglais de « *Native* » et de « *prostitute* » au procès, le jury ait acquitté M. Barton de meurtre (et forcément aussi d’homicide involontaire coupable) sur la base d’un raisonnement « contaminé par des préjugés raciaux conscients ou inconscients, ou des stéréotypes racistes » (par. 231), je m’inscris respectueusement en faux contre le point de vue de mes collègues.

[174] Par souci d’équité procédurale, cette question n’a pas été soulevée en tant que moyen d’appel devant la Cour d’appel, et le ministère public n’a pas demandé non plus une directive conçue précisément pour aborder ce point au procès. Dans les circonstances, j’ai des doutes sur l’opportunité de soulever cette question et de dire qu’elle justifie la tenue d’un nouveau procès pour meurtre.

[175] Quoi qu’il en soit, même si j’accepte qu’un parti pris conscient ou non risque toujours de contaminer l’analyse d’un juré, il y a en l’espèce une raison simple et évidente qui explique pourquoi le jury a acquitté à l’unanimité M. Barton de meurtre sans que la Cour n’ait à conjecturer l’influence possible d’un parti pris conscient ou non. Le ministère public a choisi de fonder sa thèse du meurtre sur l’idée que M. Barton avait infligé une coupure à M^{me} Gladue au moyen d’un objet tranchant. Cette théorie dépendait en grande partie de la preuve d’expert qu’il avait présentée, une preuve souffrant de lacunes et de failles qui ne la rendaient pas convaincante. Il ne s’agissait donc pas du tout d’un cas où nous nous demandons comment 12 jurés indépendants ont pu acquitter M. Barton de meurtre sans adopter de raisonnement fondé sur un parti pris conscient ou non. Au contraire, l’acquittement repose sur une explication tout à fait légitime qui ne découle d’aucun raisonnement inacceptable : la théorie du ministère public n’a tout simplement pas résisté à l’analyse.

[176] Je soulignerai en outre qu’à leur assermentation, les 12 jurés se sont tous engagés à exercer leurs fonctions en toute équité et impartialité et sans parti pris de même qu’à rendre un verdict juste en fonction de la preuve. Le juge du procès leur a rappelé ce serment dans ses dernières directives : il

must examine the evidence “without sympathy or prejudice for or against anyone involved in these proceedings” and that “[this] means you must now make good on your promise to put aside whatever biases or prejudices you may hold or feel” (A.R., vol. VIII, at pp. 140-41). Admittedly, these safeguards are not a panacea — and I acknowledge that specific instructions addressing particular types of prejudice can provide an additional layer of protection going forward (see paras. 195-204 below).

[177] That said, we should not be too quick to assume that they play no role in fostering impartial and unbiased reasoning. To conclude otherwise would be to assume that such instructions, which have been repeated to juries through the ages, were of no value and amounted to little more than lip service. I refuse to go there. To do so would be to lose sight of the well-established jurisprudence of this Court expressing our strong faith in the institution of the jury and our firmly held belief that juries perform their duties according to the law and the instructions they are given (see *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 692-93; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, at para. 55). This is not a form of blind faith; rather, it is a reflection of the well-earned trust and confidence that has been built up over centuries of experience in courtrooms throughout the Commonwealth. The institution of the jury is a fundamental pillar of our criminal justice system. We erode our confidence in this bedrock institution at our own peril.

[178] For these reasons, I conclude that a new trial on the murder charge is not warranted. In my view, in the circumstances of this case, it would be contrary to the principle against double jeopardy, enshrined in s. 11(h) of the *Charter*, to force Mr. Barton to face a second trial on first degree murder.

I. *Other Issues*

[179] While the reasons outlined above are sufficient to dispose of the appeal, I wish to make a few brief comments on several additional issues. To be

leur a expliqué qu’ils doivent examiner la preuve [TRADUCTION] « sans entretenir de sympathie ou de préjugé en faveur ou à l’encontre de toute partie à la présente instance » et que « [cela] signifie que vous devez maintenant tenir votre promesse d’écarter tout parti pris ou préjugé que vous pourriez avoir ou entretenir » (d.a., vol. VIII, p. 140-141). Certes, ces garanties ne sont pas une panacée, et je reconnais que des directives portant précisément sur certains types de préjudice peuvent fournir une protection accrue pour l’avenir (voir les par. 195-204 ci-dessous).

[177] Cela dit, nous ne devrions pas supposer trop vite que ces garanties ne contribuent aucunement à l’adoption d’un raisonnement impartial et dénué de parti pris. Conclure le contraire reviendrait à présumer que les directives en question, répétées aux jurys depuis des lustres, n’avaient pas de valeur et n’étaient tout au plus que de belles paroles. Je refuse de m’aventurer sur ce terrain. Le faire reviendrait à perdre de vue la jurisprudence bien établie où notre Cour exprime sa foi inébranlable en l’institution du jury et sa conviction profonde que les jurys exercent leurs fonctions conformément à la loi et aux directives qu’on leur donne (voir *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 692-693; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, par. 55). Cela n’est pas une forme de foi aveugle; c’est plutôt la manifestation d’une confiance bien méritée et tissée pendant des siècles dans les salles d’audience de tout le Commonwealth. L’institution du jury est un pilier fondamental de notre système de justice pénale. Nous minons notre confiance en cette institution de base à nos risques et périls.

[178] Pour ces motifs, j’arrive à la conclusion que la tenue d’un nouveau procès pour meurtre au premier degré n’est pas justifiée. À mon avis, dans les circonstances de l’espèce, il serait contraire au principe de la protection contre le double péril, consacré à l’al. 11h) de la *Charte*, d’obliger M. Barton à subir un deuxième procès pour meurtre au premier degré.

I. *Autres questions*

[179] Bien que les motifs exposés ci-dessus soient suffisants pour trancher le pourvoi, je tiens à faire de brèves remarques sur plusieurs autres questions.

clear, I offer these remarks solely for the purpose of promoting greater clarity in the law and providing guidance for future cases, including the new trial in this case.

(1) Vitiating of Consent to Sexual Activity for Public Policy Reasons

[180] At trial, one of the issues was whether, even if the jury was satisfied Ms. Gladue consented to the “sexual activity in question”, that consent was nonetheless vitiated for public policy reasons. This issue was closely tied to the Ontario Court of Appeal’s decision in *R. v. Zhao*, 2013 ONCA 293, 305 O.A.C. 290. There, relying on its previous decision in *R. v. Quashie* (2005), 198 C.C.C. (3d) 337, leave to appeal refused, [2006] 1 S.C.R. xiii, the court held that in a case of alleged sexual assault causing bodily harm, consent to sexual activity should be vitiated on public policy grounds where the accused (1) subjectively intended to cause bodily harm and (2) did in fact cause bodily harm (see paras. 106-8; see also *R. v. Nelson*, 2014 ONCA 853, 318 C.C.C. 476, at paras. 24-25). In the present case, the Crown, the defence, and the trial judge all proceeded on the basis that the holding in *Zhao* applied in Alberta. The Court of Appeal, by contrast, declined to rule on the matter.

[181] In my view, for a number of reasons, this is not the right case in which to decide whether consent to sexual activity should be vitiated where the accused intentionally caused bodily harm in the course of otherwise consensual sexual activities. First and foremost, the issue has no bearing on the outcome of this appeal, as a new trial on manslaughter will be held in any event. Moreover, the Crown did not appeal on the basis that the trial judge erred in his instructions on the “*Zhao* pathway” to a manslaughter conviction. Furthermore, the record does not provide a proper foundation for this Court to address the matter: not only did the courts below not grapple with the issue and reach a firm conclusion, but the parties’ submissions before this Court on the potential implications of adopting the *Zhao* principle were insufficient to give this

En clair, je fais ces remarques dans le seul but de clarifier davantage le droit et de guider les tribunaux dans les affaires à venir, y compris le nouveau procès en l’espèce.

(1) Le vice de consentement à l’activité sexuelle pour des raisons d’intérêt public

[180] Au procès, l’une des questions en litige consistait à savoir si le consentement était vicié pour des raisons d’intérêt public, même si le jury était convaincu que M^{me} Gladue avait consenti à l’« activité sexuelle ». Cette question était étroitement liée à l’arrêt *R. c. Zhao*, 2013 ONCA 293, 305 O.A.C. 290, où la Cour d’appel de l’Ontario, se fondant sur son arrêt antérieur *R. c. Quashie* (2005), 198 C.C.C. (3d) 337, autorisation d’appel refusée, [2006] 1 R.C.S. xiii, a conclu que, dans le cas d’une accusation d’agression sexuelle causant des lésions corporelles, le consentement à l’activité sexuelle devrait être vicié pour des raisons d’intérêt public lorsque l’accusé (1) avait subjectivement l’intention de causer des lésions corporelles et (2) a en fait causé des lésions corporelles (voir par. 106-108; voir également *R. c. Nelson*, 2014 ONCA 853, 318 C.C.C. (3d) 476, par. 24-25). En l’espèce, le ministère public, la défense et le juge du procès ont tous tenu pour acquis que l’arrêt *Zhao* s’appliquait en Alberta. La Cour d’appel, par contre, a refusé de se prononcer sur la question.

[181] À mon avis, pour plusieurs raisons, il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où il convient de décider si le consentement à l’activité sexuelle devrait être vicié lorsque l’accusé a causé intentionnellement des lésions corporelles dans le cadre d’activités sexuelles par ailleurs consensuelles. D’abord et avant tout, la question n’a aucune incidence sur l’issue du présent pourvoi, car un nouveau procès pour homicide involontaire coupable aura lieu de toute façon. De plus, le ministère public n’a pas interjeté appel au motif que le juge du procès avait commis une erreur dans ses directives sur la [TRADUCTION] « voie *Zhao* » pouvant mener à une déclaration de culpabilité pour homicide involontaire coupable. En outre, le dossier ne fournit aucune assise solide permettant à la Cour d’examiner la question : non seulement les tribunaux d’instance inférieure n’ont-ils pas abordé

important issue the full and comprehensive analysis that it deserves.

[182] Accordingly, I would leave this issue for another day.

(2) Instructions on the “Defence” of “Accident”

[183] As indicated, at trial, defence counsel maintained that Ms. Gladue’s death was a mere “accident”, which he said was antithetical to an intention to cause serious harm or death. The trial judge charged the jury on the “defence” of “accident” as follows:

Mr. Barton denies any intention to hurt Ms. Gladue and maintains that the wound to her vaginal wall was accidentally caused during consensual sexual activities.

There is evidence before you that raises the defence of accident. Mr. Barton does not have to prove that this defence applies If you are left with a reasonable doubt about whether this defence applies, the Crown has not proven its case beyond a reasonable doubt, and therefore you must find Mr. Barton not guilty.

In this case it is suggested by the Defence that the conduct of Mr. Barton should be excused, and he should be found not guilty of manslaughter because the harm allegedly caused by him to Cindy Gladue was a pure accident for which he is not criminally responsible.

The defence of accident may succeed in these circumstances if, at the time the offences allegedly occurred, Mr. Barton was not engaged in an unlawful act.

For these purposes, an accident is an unintentional and unexpected occurrence that produces hurt or loss.

la question ni tiré de conclusion définitive, mais encore les observations des parties à la Cour sur les répercussions que peut avoir l’adoption du principe établi dans l’arrêt *Zhao* n’étaient pas suffisantes pour que l’on puisse consacrer à cette importante question l’analyse complète et détaillée qu’elle mérite.

[182] Je suis donc d’avis de remettre à plus tard l’examen de cette question.

(2) Les instructions relatives à la « défense d’accident »

[183] Comme je l’ai indiqué, l’avocat de la défense a soutenu au procès que la mort de M^{me} Gladue était un simple [TRADUCTION] « accident », ce qui, a-t-il affirmé, était l’antithèse de l’intention de causer des blessures graves ou la mort. Le juge du procès a donné au jury les directives suivantes sur la [TRADUCTION] « défense d’accident » :

[TRADUCTION]

M. Barton nie avoir eu l’intention de blesser M^{me} Gladue et soutient que sa blessure à la paroi vaginale a été causée accidentellement dans le cadre d’activités sexuelles consensuelles.

Vous disposez d’éléments de preuve qui soulèvent la défense d’accident. M. Barton n’est pas tenu de prouver que ce moyen de défense s’applique [. . .] Si vous avez un doute raisonnable quant à savoir si ce moyen de défense s’applique, c’est que le ministère public n’a pas présenté une preuve hors de tout doute raisonnable, et vous devez par conséquent déclarer M. Barton non coupable.

Dans la présente affaire, la défense affirme que la conduite de M. Barton devrait être excusée, et qu’il devrait être déclaré non coupable d’homicide involontaire coupable, parce que la blessure qu’il aurait causée à Cindy Gladue était un pur accident dont il n’est pas criminellement responsable.

La défense d’accident peut être retenue dans les présentes circonstances si, au moment où les infractions auraient été commises, M. Barton ne commettait pas un acte illégal.

À cet égard, un accident est un événement involontaire et inattendu qui cause une blessure ou une perte.

You must determine from the evidence whether there is a reasonable doubt that the harm to Cindy Gladue came about unintentionally and unexpectedly as a result of the conduct of Bradley Barton. If it did, and if it was not otherwise the product of an unlawful act, he is entitled to be found not guilty.

(A.R., vol. VIII, at pp. 191-93)

[184] The Court of Appeal found these instructions to be deficient in various respects. Among other things, the court noted that Mr. Barton’s conduct in repeatedly thrusting his hand into Ms. Gladue’s vagina was no “accident”; it was volitional. The court also stressed that in light of the approach taken at trial, Mr. Barton’s claim that he did not subjectively intend or foresee Ms. Gladue’s death would have gone only to the issue of vitiation of consent for public policy reasons, but the trial judge did not make this clear to the jury.

[185] In my view, it is neither necessary nor appropriate for this Court to consider whether the trial judge’s instructions on “accident” gave rise to reversible error. Again, the issue has no bearing on the outcome in this appeal, and the Crown did not object to the instructions on “accident” or challenge those instructions as a separate ground of appeal. That said, to provide guidance for future cases, I will offer a few brief comments.

[186] The way in which the term “accident” is used in everyday parlance passes over some of the nuances that characterize the use of that term in the legal context. As the authors of *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* explain, “[a]n accident is, in the popular and ordinary sense, a mishap or untoward event not expected or designed” (p. 653; see also E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2nd ed. (loose-leaf)), at § 21:0010). But the term has a more specialized meaning in the criminal law context. In particular, in this context, the term “accident” is used to signal one or both of the following: (1) that the act in question was involuntary

Vous devez décider à la lumière de la preuve s’il existe un doute raisonnable que la blessure de Cindy Gladue soit survenue involontairement et de façon inattendue par suite de la conduite de Bradley Barton. Si c’est le cas, et si elle n’était pas par ailleurs le résultat d’un acte illégal, il a le droit d’être déclaré non coupable.

(d.a., vol. VIII, p. 191-193)

[184] La Cour d’appel a estimé que ces directives étaient lacunaires à plusieurs égards. La cour a notamment souligné que l’insertion répétée par M. Barton de sa main dans le vagin de M^{me} Gladue dans un mouvement de va-et-vient n’avait rien d’un « accident »; c’était un acte volontaire. La cour a également souligné que, compte tenu du point de vue adopté au procès, la prétention de M. Barton selon laquelle il n’avait pas subjectivement voulu ou prévu la mort de M^{me} Gladue touchait uniquement la question du vice de consentement pour des raisons d’intérêt public, mais que le juge du procès ne l’avait pas indiqué clairement au jury.

[185] À mon avis, il n’est ni nécessaire ni approprié que notre Cour se penche sur la question de savoir si les directives du juge du procès sur la notion d’« accident » constituaient une erreur justifiant l’infirmité du verdict. Encore une fois, la question n’a aucune incidence sur l’issue du présent pourvoi, et le ministère public ne s’est pas opposé aux directives sur la notion d’« accident » ni n’a contesté ces directives à titre de moyen d’appel distinct. Cela étant dit, afin de guider les tribunaux dans les affaires à venir, je ferai quelques brèves remarques.

[186] La façon dont le terme « accident » est employé en langage de tous les jours passe sous silence certaines des nuances qui caractérisent l’emploi de ce terme dans le contexte juridique. Comme l’expliquent les auteurs de *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law*, [TRADUCTION] « [u]n accident s’entend, dans son sens courant et ordinaire, d’une mésaventure ou d’un malheur qui n’est ni prévu, ni recherché » (p. 653; voir aussi E. G. Ewaschuk, *Criminal Pleadings & Practice in Canada* (2^e éd. (feuilles mobiles)), § 21:0010), mais ce terme revêt un sens plus spécialisé dans le contexte du droit criminel. Plus particulièrement, dans ce contexte,

(i.e., non-volitional), thereby negating the *actus reus* of the offence; or (2) that the accused did not have the requisite *mens rea* (see *R. v. Rodgerson*, 2015 SCC 38, [2015] 2 S.C.R. 760, at para. 48; *R. v. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63, at paras. 70 and 95; *R. v. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41, at paras. 106-8; *R. v. Primeau*, 2017 QCCA 1394, 41 C.R. (7th) 22, at paras. 24-25).

[187] With respect to the latter scenario, in assessing whether a claim of “accident” may negate *mens rea* in any particular case, it is obviously essential to consider what the relevant *mens rea* requirement is in the first place. In carrying out this inquiry, it must be kept in mind that *mens rea* requirements vary and include, for example: (1) a subjective intention to bring about a prohibited *consequence*; (2) a subjective awareness of prohibited *circumstances*; and (3) objective fault.

[188] The classic example of an offence that falls within the first category is murder, which requires “subjective foresight of death in the act of killing” (*Primeau*, at para. 29). As for the second category, the *mens rea* of sexual assault consists of the “intention to touch and knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched” (*Ewanchuk*, at para. 42). The third category includes, for instance, the *mens rea* of unlawful act manslaughter, which requires “objective foreseeability of the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory, in the context of a dangerous act” (*Creighton*, at p. 45; *DeSousa*, at p. 961).

[189] Where the offence charged requires proof of subjective intent to bring about a particular consequence, the claim that the accused did not intend to bring about that consequence, making it a mere “accident”, is legally relevant, as it could negate the *mens rea* required for a conviction.

le terme « accident » est employé pour indiquer : (1) que l’acte en question était involontaire (c.-à-d. non volitif), l’*actus reus* de l’infraction étant ainsi écarté; ou (2) que l’accusé n’avait pas la *mens rea* requise (voir *R. c. Rodgerson*, 2015 CSC 38, [2015] 2 R.C.S. 760, par. 48; *R. c. Mathisen*, 2008 ONCA 747, 239 C.C.C. (3d) 63, par. 70 et 95; *R. c. Parris*, 2013 ONCA 515, 300 C.C.C. (3d) 41, par. 106-108; *R. c. Primeau*, 2017 QCCA 1394, 41 C.R. (7th) 22, par. 24-25).

[187] Dans ce dernier scénario, pour déterminer si une allégation d’« accident » peut écarter la *mens rea* dans une affaire donnée, il est évidemment essentiel de se demander en premier lieu quelle est l’exigence de *mens rea* applicable. En procédant à cet examen, il faut se rappeler que les exigences de *mens rea* varient et comprennent, par exemple : (1) l’intention subjective que s’ensuive une *conséquence* prohibée; (2) la conscience subjective de *circonstances* prohibées; et (3) la faute objective.

[188] L’exemple classique d’une infraction qui tombe dans la première catégorie est le meurtre, lequel exige la [TRADUCTION] « prévision subjective de la mort dans l’acte de tuer » (*Primeau*, par. 29). Quant à la deuxième catégorie, la *mens rea* de l’agression sexuelle comporte « l’intention de se livrer à des attouchements sur une personne et la connaissance de son absence de consentement ou l’insouciance ou l’aveuglement volontaire à cet égard » (*Ewanchuk*, par. 42). La troisième catégorie comprend, par exemple, la *mens rea* de l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, qui exige « la prévisibilité objective (dans le contexte d’un acte dangereux) du risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère » (*Creighton*, p. 45; *DeSousa*, p. 961).

[189] Lorsque l’infraction reprochée exige la preuve de l’intention subjective que s’ensuive une conséquence donnée, l’allégation selon laquelle l’accusé n’avait pas l’intention de causer cette conséquence, faisant de celle-ci un simple « accident », est pertinente en droit, car elle pourrait écarter la *mens rea* requise pour une déclaration de culpabilité.

[190] By contrast, where the offence only requires a subjective awareness of particular circumstances, an accused's claim that the consequences of his act (such as injury to another) were unintentional and unexpected, making those consequences a mere "accident", is naturally of no assistance. In other words, where the offence charged does not require proof of subjective intent to bring about any consequences in the first place, the "accidental" nature of the consequences is legally irrelevant.

[191] Finally, if the offence requires proof of objective fault — for instance, that the prohibited consequence was objectively foreseeable — then a claim of "accident" could negate that fault element if the prohibited consequence was such a chance occurrence that the trier of fact is left in a state of reasonable doubt as to whether, objectively, it was foreseeable.

[192] In the present case, there was no suggestion that Mr. Barton acted without volition. Accordingly, the first type of "accident" — one that negates the *actus reus* — was not present. The only potential relevance of Mr. Barton's claim of "accident", therefore, was in respect of *mens rea*. Importantly, however, neither sexual assault nor unlawful act manslaughter requires subjective intent to bring about any particular consequence. Here, Mr. Barton conceded that non-trivial bodily harm was objectively foreseeable and the sexual activity in question was inherently dangerous. Therefore, setting aside the issue of whether intentionally causing bodily harm in the course of otherwise consensual sexual activities would vitiate consent (i.e., the principle endorsed in *Zhao*), to the extent Mr. Barton claimed that Ms. Gladue's death was an "accident" in the sense that he did not subjectively intend to bring about that consequence, this claim was of no assistance in negating the *mens rea* required for sexual assault or unlawful act manslaughter. On this latter point, recent appellate jurisprudence confirms that if the accused "accidentally" caused the deceased's death in the course of an unlawful act, but it was reasonably foreseeable that the act would result in non-trivial bodily harm to the deceased, then the *mens rea* requirement for unlawful act

[190] En revanche, lorsque l'infraction n'exige que la conscience subjective de circonstances données, l'allégation de l'accusé selon laquelle les conséquences de son acte (comme une blessure à autrui) étaient involontaires et inattendues, faisant de ces conséquences un simple « accident », n'est naturellement pas utile. En d'autres termes, lorsque l'infraction reprochée n'exige pas la preuve d'une intention subjective que s'ensuivent des conséquences, la nature « accidentelle » des conséquences n'est pas pertinente en droit.

[191] Enfin, si l'infraction exige la preuve d'une faute objective — par exemple, la preuve que la conséquence prohibée était objectivement prévisible — alors l'allégation d'« accident » pourrait écarter cet élément de faute si la conséquence prohibée est si fortuite qu'elle suscite dans l'esprit du juge des faits un doute raisonnable quant à savoir si, objectivement, elle était prévisible.

[192] Dans le cas qui nous occupe, rien ne donnait à penser que M. Barton avait agi involontairement. Par conséquent, le premier type d'« accident » — celui qui écarte l'*actus reus* — n'existait pas. La seule pertinence possible de l'allégation d'« accident » de M. Barton se rapportait donc à la *mens rea*. Fait important, cependant, ni l'agression sexuelle ni l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal n'exigent une intention subjective que s'ensuive une conséquence donnée. En l'espèce, M. Barton a concédé que le risque de lésions corporelles importantes était objectivement prévisible et que l'activité sexuelle était dangereuse en soi. Par conséquent, mise à part la question de savoir si le fait d'avoir causé intentionnellement des lésions corporelles dans le cadre d'activités sexuelles par ailleurs consensuelles aurait pour effet de vicier le consentement (c.-à-d. le principe adopté dans *Zhao*), dans la mesure où M. Barton a prétendu que la mort de M^{me} Gladue était un « accident » en ce sens qu'il n'avait pas subjectivement l'intention d'entraîner cette conséquence, cette prétention n'aidait en rien à écarter la *mens rea* requise pour l'agression sexuelle ou l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal. Sur ce dernier point, la jurisprudence récente des cours d'appel confirme que, si l'accusé a [TRADUCTION] « accidentellement » causé la mort

manslaughter is still met (see *Parris*, at para. 108; *Primeau*, at para. 28).

[193] In this case, the trial judge’s instructions on “accident” did not make these points clear. Looking ahead, at the new trial on unlawful act manslaughter, the trial judge should observe the foregoing principles when instructing the jury on “accident” so as to avoid leaving the jury with the mistaken impression that so long as Ms. Gladue’s death was a “mishap”, an acquittal must follow.

[194] Finally, to avoid confusion in future cases, I would encourage trial judges to focus on the questions of voluntariness and/or negation of *mens rea*, as appropriate, when instructing jurors on the so-called “defence” of “accident”. As the authors of *Manning, Mewett & Sankoff: Criminal Law* point out, “what is relevant from a legal standpoint is not whether the accused is claiming that what happened was an accident, but whether this claim demonstrates the absence of one of the elements of the offence charged” (p. 654).

(3) Instructions Addressing Prejudice Against Indigenous Women and Girls in Sexual Assault Cases

[195] When jurors are sworn and empanelled, Canadian society tasks them with a weighty responsibility: deciding whether, on the evidence put before them, the accused is guilty or not. This task is not easy — it requires patience, judgment, and careful analysis. But most of all, it requires an open mind, one that is free from bias, prejudice, or sympathy.

du défunt lors de la perpétration d’un acte illégal, mais qu’il était raisonnablement prévisible que cet acte causerait des lésions corporelles importantes au défunt, la *mens rea* requise pour l’homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal est tout de même présente (voir *Parris*, par. 108; *Primeau*, par. 28).

[193] Dans la présente affaire, les directives du juge du procès sur la notion d’« accident » n’ont pas éclairci ces points. À l’avenir, lors du nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal, le juge du procès devra appliquer les principes susmentionnés lorsqu’il donnera ses directives au jury sur la notion d’« accident » afin d’éviter de donner à celui-ci la fausse impression que, pour peu que la mort de M^{me} Gladue était une [TRADUCTION] « mésaventure », un verdict d’acquiescement doit être prononcé.

[194] Enfin, pour éviter toute confusion dans les affaires à venir, j’inviterais les juges de première instance à mettre l’accent sur les questions liées au caractère volontaire ou à l’écartement de la *mens rea*, selon le cas, lorsqu’ils donnent des directives aux jurés sur la prétendue « défense d’accident ». Comme le soulignent les auteurs de *Manning, Mewett & Sankoff : Criminal Law*, [TRADUCTION] « ce qui importe d’un point de vue juridique, ce n’est pas de savoir si l’accusé allègue que ce qui s’est passé était un accident, mais plutôt de savoir si cette allégation démontre l’absence de l’un des éléments de l’infraction reprochée » (p. 654).

(3) Les directives relatives aux préjugés contre les femmes et les filles autochtones dans les affaires d’agression sexuelle

[195] Lorsque les jurés sont assermentés et choisis pour constituer le jury, la société canadienne leur confie une lourde tâche : décider si, compte tenu de la preuve dont ils disposent, l’accusé est coupable ou non coupable. Il ne s’agit pas d’une tâche facile — elle exige de la patience, du jugement et une analyse minutieuse, mais surtout, elle exige un esprit ouvert, où ne règne aucun parti pris, aucun préjugé ni aucune sympathie.

[196] But it would be naïve to assume that the moment the jurors enter the courtroom, they leave their biases, prejudices, and sympathies behind. That reality was openly acknowledged in *R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, where this Court discussed the “invasive”, “elusive”, and “corrosive” nature of one particular type of bias: racism against Indigenous persons (para. 22). Justice McLachlin (as she then was) emphasized that “[t]o suggest that all persons who possess racial prejudices will erase those prejudices from the mind when serving as jurors is to underestimate the insidious nature of racial prejudice and the stereotyping that underlies it” (para. 21).

[197] Trial judges, as gatekeepers, play an important role in keeping biases, prejudices, and stereotypes out of the courtroom. In this regard, one of the main tools trial judges have at their disposal is the ability to provide instructions to the jury. Bearing in mind this Court’s admonition that “it cannot be assumed that judicial directions to act impartially will always effectively counter racial prejudice” (*Williams*, at para. 21), such instructions can in my view play a role in exposing biases, prejudices, and stereotypes and encouraging jurors to discharge their duties fairly and impartially. In particular, a carefully crafted instruction can expose biases, prejudices, and stereotypes that lurk beneath the surface, thereby allowing all justice system participants to address them head-on — openly, honestly, and without fear.

[198] Trials do not take place in a historical, cultural, or social vacuum. Indigenous persons have suffered a long history of colonialism, the effects of which continue to be felt. There is no denying that Indigenous people — and in particular Indigenous women, girls, and sex workers — have endured serious injustices, including high rates of sexual violence against women. The ongoing work of the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls is just one reminder of that painful

[196] Il serait toutefois naïf de présumer que, dès leur entrée dans la salle d’audience, les jurés laissent derrière eux leurs partis pris, leurs préjugés et leurs sympathies. Cette réalité a été reconnue ouvertement dans l’arrêt *R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, où notre Cour s’est penchée sur la nature « attentatoire », « insaisissable » et « corrosi[ve] » d’un type particulier de parti pris : le racisme dont sont victimes les Autochtones (par. 22). La juge McLachlin (plus tard juge en chef) a souligné qu’« [a]ffirmer que toutes les personnes qui ont des préjugés raciaux les effaceront de leur esprit en exerçant leur fonction de juré revient à sous-estimer la nature insidieuse des préjugés raciaux et des stéréotypes qui les sous-tendent » (par. 21).

[197] Le juge du procès, en tant que gardien du processus judiciaire, joue un rôle important dans le fait de garder les partis pris, les préjugés et les stéréotypes en dehors de la salle d’audience. À cet égard, l’un des principaux outils dont dispose le juge du procès est la possibilité de donner des directives au jury. Compte tenu de la mise en garde de la Cour selon laquelle « on ne peut pas supposer que les directives que le juge donne aux jurés pour qu’ils agissent impartialement contrecarreront toujours effectivement les préjugés raciaux » (*Williams*, par. 21), ces directives peuvent, selon moi, contribuer à révéler les partis pris, préjugés et stéréotypes de même qu’à inciter les jurés à s’acquitter de leurs fonctions en toute équité et impartialité. En particulier, une directive soigneusement élaborée peut mettre au jour les partis pris, préjugés et stéréotypes cachés, permettant ainsi à tous les intervenants du système de justice de s’y attaquer de front — ouvertement, en toute honnêteté et sans crainte.

[198] Les procès ne se tiennent pas en l’absence de tout contexte historique, culturel ou social. Les Autochtones ont connu une longue période de colonialisme dont les effets se font encore sentir. On ne saurait nier que les Autochtones — et plus particulièrement les femmes, les filles et les travailleuses du sexe autochtones — ont vécu de graves injustices, notamment des taux élevés de violence sexuelle faite aux femmes. Les travaux en cours de l’Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones

reality (see Interim Report, *Our Women and Girls Are Sacred* (2017)).

[199] Furthermore, this Court has acknowledged on several occasions the detrimental effects of widespread racism against Indigenous people within our criminal justice system (see, e.g., *Williams*, at paras. 54 and 58; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 65; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at paras. 59-60 and 67; *Ewert v. Canada*, 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165, at para. 57). For example, in *Williams*, this Court recognized that Indigenous people are the target of hurtful biases, stereotypes, and assumptions, including stereotypes about credibility, worthiness, and criminal propensity, to name just a few (para. 28). Moreover, in *Ewert*, this Court stressed that “discrimination experienced by Indigenous persons, whether as a result of overtly racist attitudes or culturally inappropriate practices, extends to all parts of the criminal justice system, including the prison system” (para. 57). In short, when it comes to truth and reconciliation from a criminal justice system perspective, much-needed work remains to be done.

[200] With this in mind, in my view, our criminal justice system and all participants within it should take reasonable steps to address systemic biases, prejudices, and stereotypes against Indigenous persons — and in particular Indigenous women and sex workers — head-on. Turning a blind eye to these biases, prejudices, and stereotypes is not an answer. Accordingly, as an additional safeguard going forward, in sexual assault cases where the complainant is an Indigenous woman or girl, trial judges would be well advised to provide an express instruction aimed at countering prejudice against Indigenous women and girls. This instruction would go beyond a more generic instruction to reason impartially and without sympathy or prejudice.

[201] Insofar as the content of such an instruction is concerned, there is no magic formula. In my view, trial judges should be given discretion to tailor the

disparues et assassinées n’est qu’un rappel de cette douloureuse réalité (voir le rapport provisoire, *Nos femmes et nos filles sont sacrées* (2017)).

[199] De plus, la Cour a reconnu plusieurs fois les effets préjudiciables du racisme largement répandu dont sont victimes les Autochtones dans notre système de justice pénale (voir, p. ex., *Williams*, par. 54 et 58; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 65; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 59-60 et 67; *Ewert c. Canada*, 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165, par. 57). Dans *Williams*, par exemple, la Cour a reconnu que les Autochtones font l’objet de partis pris, de stéréotypes et de suppositions nuisibles, notamment des stéréotypes en matière de crédibilité, de respectabilité et de propension à la criminalité, pour ne nommer que ceux-là (par. 28). Dans *Ewert*, la Cour a en outre souligné que « la discrimination subie par les Autochtones, qu’elle soit le résultat d’attitudes ouvertement racistes ou de pratiques inappropriées sur le plan culturel, s’étend à l’ensemble du système de justice pénale, y compris au système carcéral » (par. 57). Bref, en ce qui concerne la vérité et la réconciliation du point de vue de la justice pénale, il reste encore beaucoup à faire.

[200] Dans cette optique, j’estime que notre système de justice pénale et tous ceux qui y participent doivent prendre des mesures raisonnables pour s’attaquer de front aux partis pris, aux préjugés et aux stéréotypes systémiques dont sont victimes les Autochtones — et plus particulièrement les femmes et les travailleuses du sexe autochtones. Fermer les yeux sur ces partis pris, préjugés et stéréotypes n’est pas la solution. Par conséquent, en vue de fournir une garantie supplémentaire à l’avenir dans les affaires d’agression sexuelle où la plaignante est une femme ou une fille autochtone, les juges de première instance seraient bien avisés de donner une directive expresse visant à contrecarrer les préjugés contre les femmes et les filles autochtones. Cette directive devrait aller plus loin qu’une directive générale demandant aux jurés de raisonner d’une manière impartiale et sans sympathie ni préjugé.

[201] Quant au contenu de cette directive, il n’y a pas de formule magique. À mon avis, le juge du procès devrait avoir le pouvoir discrétionnaire d’adapter

instruction to the particular circumstances, preferably after having consulted with the Crown and the defence. In a case like the present, the trial judge might consider explaining to the jury that Indigenous people in Canada — and in particular Indigenous women and girls — have been subjected to a long history of colonization and systemic racism, the effects of which continue to be felt. The trial judge might also dispel a number of troubling stereotypical assumptions about Indigenous women who perform sex work, including that such persons:

- are not entitled to the same protections the criminal justice system promises other Canadians;
- are not deserving of respect, humanity, and dignity;
- are sexual objects for male gratification;
- need not give consent to sexual activity and are “available for the taking”;
- assume the risk of any harm that befalls them because they engage in a dangerous form of work; and
- are less credible than other people.

[202] An instruction of this nature supports several core concepts upon which our justice system rests, including substantive equality, which represents the animating norm of s. 15 of the *Charter* (see *Withler v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 12, [2011] 1 S.C.R. 396, at para. 2); the court’s truth-seeking function; the right to an impartial tribunal, protected under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*; and, relatedly, trial fairness, which as already indicated must be assessed “from both the perspective of the accused and of society more broadly” (*Bjelland*, at para. 22 (emphasis added)).

[203] With regard to trial fairness, it is worth emphasizing that any instruction given must not privilege the rights of the complainant over those of the accused. The objective would instead be to identify

la directive aux circonstances propres à l’espèce, de préférence après avoir consulté le ministère public et la défense. Dans un cas comme celui qui nous occupe, le juge du procès pourrait songer à expliquer au jury que les Autochtones au Canada — et plus particulièrement les femmes et les filles autochtones — ont subi une longue période de colonisation et un racisme systémique dont les effets se font encore sentir. Le juge du procès pourrait également dissiper un certain nombre de suppositions stéréotypées troublantes concernant les femmes autochtones qui travaillent dans l’industrie du sexe, notamment celles selon lesquelles ces personnes :

- n’ont pas droit aux mêmes protections que celles qu’offre le système de justice pénale aux autres Canadiens;
- ne méritent pas d’être traitées avec respect, humanité et dignité;
- sont des objets sexuels destinés à procurer du plaisir aux hommes;
- n’ont pas besoin de donner leur consentement à l’activité sexuelle et que [TRADUCTION] « l’on a qu’à les prendre »;
- acceptent le risque qu’il puisse leur arriver quelque chose de mal parce qu’elles font un travail dangereux;
- sont moins crédibles que d’autres personnes.

[202] Une directive de cette nature appuie plusieurs notions essentielles sur lesquelles repose notre système de justice, notamment l’égalité réelle, qui représente la norme sous-tendant l’art. 15 de la *Charte* (voir *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, [2011] 1 R.C.S. 396, par. 2), la fonction de recherche de la vérité des tribunaux, le droit à un tribunal impartial, garanti par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* et, de façon connexe, l’équité du procès, qui, comme je l’ai déjà indiqué, doit être appréciée « tant du point de vue de l’accusé que de celui de la société dans son ensemble » (*Bjelland*, par. 22 (je souligne)).

[203] En ce qui concerne l’équité du procès, il convient de souligner que toute directive donnée ne doit pas privilégier les droits de la plaignante au détriment de ceux de l’accusé. L’objectif consiste

specific biases, prejudices, and stereotypes that may reasonably be expected to arise in the particular case and attempt to remove them from the jury's deliberative process in a fair, balanced way, without prejudicing the accused.

[204] In sum, to better ensure Indigenous women and girls receive the full protection and benefit of the law in sexual assault cases, our criminal justice system should take reasonable steps to address biases, prejudices, and stereotypes against Indigenous women and girls openly, honestly, and without fear. While the type of instruction identified above is by no means a perfect solution to ridding our courts — and Canadian society more broadly — of biases, prejudices, and stereotypes against Indigenous women and girls, it represents a step forward.

(4) Language Used to Address Ms. Gladue at Trial

[205] With the foregoing discussion in mind, I wish to comment briefly on the language used to refer to Ms. Gladue at trial. Witnesses, Crown counsel, and defence counsel all repeatedly referred to Ms. Gladue as a “Native girl” or “Native woman” — by the Court of Appeal's count, approximately 26 times (para. 124).

[206] In my view, while in some cases it may be both necessary and appropriate to establish certain biographical details about an individual such as his or her race, heritage, and ethnicity where that information is relevant to a particular issue at trial, and while witnesses may at times rely on such descriptors without being prompted by counsel, it is almost always preferable to call someone by his or her name. There may be situations where it would be appropriate for the trial judge to intervene to ensure this principle is respected.

plutôt à relever les partis pris, les préjugés et les stéréotypes précis auxquels on peut raisonnablement s'attendre dans une affaire donnée et de tenter de les évacuer du processus de délibération des jurés d'une manière équitable et équilibrée, et sans porter préjudice à l'accusé.

[204] En somme, pour mieux faire en sorte que les femmes et les filles autochtones jouissent de la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi dans les affaires d'agression sexuelle, notre système de justice pénale doit prendre des mesures raisonnables pour s'attaquer ouvertement, honnêtement et sans crainte aux partis pris, aux préjugés et aux stéréotypes dont sont victimes les femmes et les filles autochtones. Le type de directive exposé précédemment n'est aucunement la solution parfaite pour débarrasser nos tribunaux — et la société canadienne en général — des partis pris, des préjugés et des stéréotypes dont sont l'objet les femmes et les filles autochtones, mais cela représente un pas dans la bonne direction.

(4) Les termes employés pour désigner M^{me} Gladue au procès

[205] Compte tenu de l'analyse qui précède, je tiens à faire quelques brèves remarques sur les termes employés pour désigner M^{me} Gladue au procès. Les témoins, la procureure du ministère public et l'avocat de la défense ont tous à maintes reprises qualifié M^{me} Gladue de « *Native girl* » ou de « *Native woman* » — environ 26 fois selon la Cour d'appel (par. 124).

[206] À mon avis, bien que, dans certains cas, il puisse être à la fois nécessaire et approprié d'établir certains renseignements d'ordre biographique sur une personne, comme sa race, son ascendance et son origine ethnique, lorsque ces renseignements sont pertinents à l'égard d'une question précise soulevée au procès, et bien que les témoins puissent parfois avoir recours à ces éléments descriptifs sans que les avocats les aient incités à le faire, il est presque toujours préférable d'appeler quelqu'un par son nom. Dans certaines situations, il peut être indiqué que le juge du procès intervienne pour faire respecter ce principe.

[207] Being respectful and remaining cognizant of the language used to refer to a person is particularly important in a case like this, where there was no suggestion that Ms. Gladue’s status as an Indigenous woman was somehow relevant to the issues at trial. While there is nothing to suggest that it was anyone’s deliberate intention in this case to invoke the kind of biases and prejudices against Indigenous women discussed above, the language used at trial was nevertheless problematic. At the end of the day, her name was “Ms. Gladue”, not “Native woman”, and there was no reason why the former could not have been used consistently as a simple matter of respect.

(5) Intervener Submissions Before the Court of Appeal

[208] I do not find it necessary to consider whether the interveners before the Court of Appeal overstepped their proper role. I would simply re-emphasize that while interveners play a vital role in our justice system, including our criminal justice system, they must not assume the role of third-party prosecutors and they must not be permitted to widen or add to the issues in dispute, and appellate courts must carefully enforce these restrictions.

(6) Other Issues Considered by the Court of Appeal

[209] Finally, the Court of Appeal dealt with a range of other issues in admirable detail. As I have determined that this appeal can be disposed of based on the analysis set out above, I find it unnecessary to comment on these other issues.

VI. Conclusion

[210] Our criminal justice system holds out a promise to all Canadians: everyone is equally entitled to the law’s full protection and to be treated with dignity, humanity, and respect. Ms. Gladue was no exception. She was a mother, a daughter, a friend, and a member of her community. Her life mattered. She was valued. She was important. She was loved. Her

[207] Il est particulièrement important de se montrer respectueux et de rester conscients des termes employés pour désigner une personne dans une affaire comme celle qui nous occupe, où rien n’indiquait que le statut de femme autochtone de M^{me} Gladue était d’une quelconque façon pertinent à l’égard des questions soulevées au procès. Rien ne laisse croire que quelqu’un cherchait délibérément en l’espèce à évoquer les partis pris et préjugés du genre décrit précédemment contre les femmes autochtones, mais les propos tenus au procès posaient néanmoins problème. Au bout du compte, son nom était « M^{me} Gladue », et non « *Native woman* », et il n’y avait aucune raison de ne pas pouvoir la désigner ainsi systématiquement par simple respect envers elle.

(5) Les observations des intervenants devant la Cour d’appel

[208] Je ne crois pas qu’il soit nécessaire de se demander si les intervenants ayant comparu devant la Cour d’appel ont outrepassé leur rôle. Je me contenterai de rappeler que, s’ils jouent un rôle vital dans notre système de justice, y compris notre système de justice pénale, les intervenants ne doivent pas assumer le rôle de tiers poursuivants et ne doivent pas être autorisés à élargir la portée des questions en litige ou à y ajouter quoi que ce soit, et les cours d’appel doivent appliquer rigoureusement ces restrictions.

(6) Les autres questions examinées par la Cour d’appel

[209] Enfin, la Cour d’appel a examiné admirablement plusieurs autres questions. Ayant conclu que l’analyse qui précède permet de trancher le présent pourvoi, j’estime qu’il n’est pas nécessaire d’aborder ces autres questions.

VI. Conclusion

[210] Notre système de justice pénale fait une promesse à tous les Canadiens et les Canadiennes : chacun a le droit de bénéficier de l’entière protection de la loi et d’être traité avec dignité, humanité et respect. M^{me} Gladue ne faisait pas exception. Elle était une mère, une fille, une amie et un membre de sa collectivité. Sa vie comptait. Elle avait de la valeur. Elle

status as an Indigenous woman who performed sex work did not change any of that in the slightest. But as these reasons show, the criminal justice system did not deliver on its promise to afford her the law’s full protection, and as a result, it let her down — indeed, it let us all down.

[211] In the result, I would allow the appeal in part and order a new trial on unlawful act manslaughter.

The reasons of Wagner C.J. and Abella and Karakatsanis JJ. were delivered by

[212] ABELLA AND KARAKATSANIS JJ. (dissenting in part) — Section 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, was enacted to preserve the fairness and truth-seeking functions of a trial, as well as the dignity of victims of sexual assault. At the heart of the provision is the prohibition of evidence of prior sexual activity, evidence which could lead the trier of fact to reason, based on this sexual history, that the complainant would have been more likely to consent to the sexual activity in question, or is less worthy of belief in general. These two prohibited inferences have come to be known as the “twin myths”, whose insidious harm to the goals of truth and of dignity has long been recognized by the courts.

[213] In addition to prohibiting “twin myths” reasoning, s. 276 makes evidence of a complainant’s prior sexual activity inadmissible unless the accused complies with the criteria and procedures set out in ss. 276, 276.1 and 276.2⁹. In this case, the trial judge permitted the accused to lead such evidence without following the procedure required by s. 276, thereby allowing him to make unrestricted reference to the deceased’s sexual history. He also failed to give the jurors any kind of limiting instruction to advise them

était importante. Elle était aimée. Son statut de femme autochtone travaillant dans l’industrie du sexe n’y changeait rien du tout. Mais comme le démontrent les présents motifs, le système de justice pénale n’a pas tenu sa promesse de lui accorder l’entière protection de la loi, et l’a, par conséquent, laissé tomber — en fait, il nous a tous laissé tomber.

[211] Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi en partie et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès pour homicide involontaire coupable résultant d’un acte illégal.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Abella et Karakatsanis rendus par

[212] LES JUGES ABELLA ET KARAKATSANIS (dissidentes en partie) — L’article 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, a été adopté afin de préserver le caractère équitable et la fonction de recherche de la vérité du procès, ainsi que la dignité des victimes d’agression sexuelle. Au cœur de cette disposition se trouve l’interdiction d’admettre une preuve concernant le comportement sexuel antérieur, preuve qui pourrait amener le juge des faits à estimer que, vu ces antécédents, la plaignante aurait été plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question ou est moins digne de foi en général. Ces deux inférences interdites en sont venues à être appelées les « deux mythes », et les tribunaux reconnaissent depuis longtemps qu’elles nuisent de façon insidieuse aux objectifs liés à la vérité et à la dignité.

[213] En plus d’interdire le raisonnement fondé sur les « deux mythes », l’art. 276 dispose qu’est inadmissible la preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante sauf si l’accusé respecte les critères et procédures énoncés aux art. 276, 276.1 et 276.2⁹. En l’espèce, le juge du procès a autorisé l’accusé à présenter une preuve de ce genre sans suivre la procédure établie par l’art. 276, lui permettant ainsi d’invoquer sans restriction les antécédents sexuels de la défunte. Il a aussi omis de fournir aux

⁹ Amended in December 2018 in 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. The amendment does not apply to this case.

⁹ Modifié en décembre 2018 dans 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*, 42^e lég., 1^{re} sess., 2018. La modification ne s’applique pas en l’espèce.

that such evidence could not be used to show that the victim was more likely to have consented. All of this was compounded by the fact that the trial judge permitted, on dozens of occasions, for the deceased to be referred to as “Native” and “prostitute” without providing any instruction to guard against potential prejudicial reasoning based on these descriptions.

[214] There was thus no filter for the victim’s prior sexual history and no specific warning to the jury to avoid drawing prejudicial and stereotypical assumptions about Indigenous women working in the sex trade. This left the jury with an essentially unchallenged version of the accused’s interactions with the deceased. This was the narrative’s frame in which the victim’s conduct was portrayed and the accused’s credibility was assessed, creating an image of the deceased that was unfair and would have permeated the *whole* trial and the jury’s deliberations on both murder and manslaughter.

[215] To now compartmentalize these significant errors, and to suggest that they only partially affected the way the jury assessed the accused’s credibility, ignores what was at issue in this case. With no protection from the trial judge, either in the form of a s. 276 inquiry or a cautionary instruction to resist the kinds of prejudicial inferences a sexual assault trial involving a female Indigenous sex worker can attract, the jurors were left to draw their own unobstructed conclusions about what happened. The trial judge failed to appreciate that the victim’s prior sexual conduct, occupation, and race required the jury to be specifically alerted to the dangers of discriminatory attitudes toward Indigenous women, particularly those working in the sex trade. He provided no specific instructions crafted to confront the operative social and racial biases potentially at work. This rendered the whole trial unfair.

jurés des directives restrictives pour les informer que ce type de preuve ne pouvait être utilisé pour démontrer que la victime était plus susceptible d’avoir donné son consentement. Tout cela a été amplifié par le fait que le juge du procès (lequel s’est déroulé en anglais) a permis à des dizaines de reprises que l’on qualifie la défunte de « *Native* » et de « *prostitute* » sans donner aux jurés de directive pour les mettre en garde contre le risque d’adopter un raisonnement préjudiciable sur la base de ces qualificatifs.

[214] Il n’y avait donc aucun filtre pour les antécédents sexuels de la victime et le jury n’a pas reçu d’avertissement précis de ne pas se fonder sur des présomptions préjudiciables et stéréotypées au sujet des femmes autochtones qui travaillent dans le commerce du sexe. Le jury disposait donc d’une version essentiellement non contestée des rapports de l’accusé avec la défunte. Il s’agit là du cadre dans lequel le comportement de la victime a été dépeint et la crédibilité de l’accusé a été évaluée, ce qui a donné lieu à une perception inéquitable de la défunte qui aurait imprégné *tout* le procès et les délibérations du jury concernant le meurtre et l’homicide involontaire coupable.

[215] Compartimenter aujourd’hui ces graves erreurs et laisser entendre qu’elles ont influé seulement en partie sur l’évaluation que le jury a faite de la crédibilité de l’accusé, c’est faire abstraction de ce qui était en litige dans la présente affaire. Privé de la protection du juge du procès, que ce soit sous la forme d’un examen au regard de l’art. 276 ou d’une mise en garde de résister au genre d’inférence préjudiciable à laquelle peut donner lieu un procès pour agression sexuelle mettant en cause une travailleuse du sexe autochtone, les jurés en étaient réduits à tirer leurs propres conclusions libres à propos de ce qui s’est passé. Le juge du procès ne s’est pas rendu compte qu’en raison du comportement sexuel antérieur, de la profession et de la race de la victime, il fallait renseigner expressément le jury sur les dangers que présentent les attitudes discriminatoires envers les femmes autochtones, tout particulièrement celles qui travaillent dans le commerce du sexe. Il n’a fourni aucune directive conçue précisément pour mettre au jour les préjugés sociaux et raciaux susceptibles d’opérer, ce qui a rendu tout le procès inéquitable.

I. Background

[216] On June 22, 2011, Cindy Gladue was found dead in Bradley Barton's hotel room. She had bled to death from an 11 cm gash inside her vagina. Mr. Barton was arrested and charged with first degree murder.

[217] At trial, the Crown advanced the theory that Mr. Barton had hired Ms. Gladue for sex, incapacitated her with alcohol, and intentionally put a sharp object into her, causing the wound that killed her. In the alternative, the Crown argued that he had sexually assaulted her in a manner that could reasonably have been foreseen to cause bodily harm and was therefore guilty of manslaughter.

[218] Mr. Barton maintained that all of his interactions with Ms. Gladue were consensual. He testified that he and Ms. Gladue had agreed on a price the night before (\$60 for "everything"), and that she had willingly returned the second night on the same terms. He testified that on the second night, as on the first, he had thrust his fingers vigorously in and out of her vagina, but had penetrated deeper using more force. He stopped, then saw blood on his hand. Ms. Gladue then went to the bathroom and Mr. Barton fell asleep. He found her dead in the morning. He attempted to clean parts of the room, panicked and left the scene before returning after some time and calling 911. Both before and after being arrested, Mr. Barton made up several false stories regarding what happened.

[219] The jury acquitted Mr. Barton of first degree murder and the included offence of manslaughter. On appeal by the Crown, the Alberta Court of Appeal concluded that the trial judge had made several serious errors that had affected the jury's ability to assess the evidence and correctly apply the law to

I. Contexte

[216] Le 22 juin 2011, Cindy Gladue a été retrouvée sans vie dans la chambre d'hôtel de Bradley Barton. Elle est morte au bout de son sang en raison d'une entaille de 11 cm à l'intérieur du vagin. M. Barton a été arrêté et accusé de meurtre au premier degré.

[217] Au procès, le ministère public a avancé la thèse selon laquelle M. Barton avait retenu les services de M^{me} Gladue pour avoir des relations sexuelles, lui avait fait perdre toutes ses facultés par l'alcool et lui avait intentionnellement inséré un objet tranchant dans le corps, causant ainsi la blessure qui l'a tuée. Subsidiairement, le ministère public a fait valoir que M. Barton l'avait agressée sexuellement de telle sorte qu'il était raisonnablement prévisible que M. Barton lui inflige des lésions corporelles et qu'il avait donc commis un homicide involontaire coupable.

[218] Monsieur Barton a soutenu que toutes ses interactions avec M^{me} Gladue avaient été consensuelles. Il a déclaré que M^{me} Gladue et lui s'étaient entendus sur un prix la nuit précédente (60 \$ pour [TRADUCTION] « l'ensemble des services ») et qu'elle était volontairement revenue la deuxième nuit, aux mêmes conditions. Il a déclaré que la deuxième nuit, il avait poussé ses doigts vigoureusement dans son vagin en effectuant un mouvement de va-et-vient, tout comme la première nuit, mais qu'il l'avait pénétrée plus profondément et avec plus de force. Il s'est arrêté, puis a vu du sang sur sa main. M^{me} Gladue s'est ensuite rendue à la salle de bain et M. Barton s'est endormi. Il l'a retrouvée sans vie au matin. Il a tenté de nettoyer certaines parties de la chambre et, pris de panique, il a quitté les lieux avant d'y revenir après quelque temps pour appeler le 911. Avant comme après son arrestation, M. Barton a inventé plusieurs récits fictifs concernant ce qui s'était passé.

[219] Le jury a acquitté M. Barton de l'accusation de meurtre au premier degré et de l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable. Dans le cadre de l'appel interjeté par le ministère public, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que le juge du procès avait commis plusieurs erreurs graves qui avaient nui

the facts of the case. It allowed the Crown appeal and ordered a re-trial on both first degree murder and manslaughter. Mr. Barton appealed.

[220] We would dismiss the appeal. Section 276 is designed to ensure that the jury does not engage in impermissible and prejudicial reasoning about a victim, based on her prior sexual activity. The failure to comply with it caused a cascade of prejudice and errors warranting a new trial on murder as well as manslaughter. It resulted in Mr. Barton's unfiltered testimony going to the jury and infecting the whole trial, and created a significant risk that the jurors would make impermissible inferences based on prejudicial reasoning that would have tainted both their view of Ms. Gladue and their assessment of Mr. Barton's testimony. In our view, these errors would have "had a material bearing on the acquittal[s]" in the "concrete reality" of this case (*R. v. Graveline*, [2006] 1 S.C.R. 609, at para. 14). Because of the inextricably integrated nature and significance of the errors, we agree with the Alberta Court of Appeal that a new trial is required on the charge of both murder and the included offence of manslaughter.

[221] Moreover, we would uphold the Court of Appeal's ruling regarding the jury charge on after-the-fact conduct. The fundamental error in the jury charge on this matter also requires that Mr. Barton be re-tried on both murder and manslaughter.

II. Analysis

[222] It is precisely because evidence of a complainant's previous sexual activity will be highly prejudicial that Parliament made it presumptively inadmissible. Without being properly filtered and restricted by appropriate limiting instructions, such evidence can lead to propensity reasoning based on

à la capacité du jury d'évaluer la preuve et d'appliquer correctement le droit aux faits de l'espèce. Elle a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès pour meurtre au premier degré et homicide involontaire coupable. M. Barton s'est pourvu en appel.

[220] Nous rejeterions le pourvoi. L'article 276 est conçu pour veiller à ce que le jury ne se livre pas à un raisonnement inacceptable et préjudiciable à l'égard de la victime en se fondant sur son comportement sexuel antérieur. Le non-respect de cet article a entraîné une cascade de préjudices et d'erreurs qui justifient la tenue d'un nouveau procès pour meurtre et homicide involontaire coupable. À cause du non-respect de cet article, le témoignage sans filtre de M. Barton a été laissé à l'appréciation du jury et a contaminé l'ensemble du procès, créant ainsi un risque considérable que les jurés tirent des inférences inacceptables sur le fondement d'un raisonnement préjudiciable qui aurait vicié leur opinion de M^{me} Gladue et leur évaluation du témoignage de M. Barton. À notre avis, ces erreurs auraient eu « une incidence significative sur le[s] verdict[s] d'acquiescement » compte tenu des « faits concrets » de l'espèce (*R. c. Graveline*, [2006] 1 R.C.S. 609, par. 14). Vu la nature complètement indissociable et l'importance des erreurs, nous sommes en accord avec la Cour d'appel de l'Alberta sur le fait qu'un nouveau procès s'impose pour meurtre et l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable.

[221] Par ailleurs, nous sommes d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel concernant l'exposé au jury sur le comportement après le fait. L'erreur fondamentale dans l'exposé au jury à cet égard requiert également que M. Barton soit jugé de nouveau pour meurtre et homicide involontaire coupable.

II. Analyse

[222] C'est justement parce que la preuve concernant le comportement sexuel antérieur du plaignant est très préjudiciable que le législateur a créé une présomption d'inadmissibilité. Si elle n'est pas adéquatement filtrée et restreinte par des directives, une preuve de ce genre peut mener à un

the “twin myths” — namely, that simply because of previous sexual activity, a victim is both more likely to have *consented to the sexual activity at issue* and is *generally less worthy of belief* (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 604). The majority has accurately and comprehensively summarized the importance and the legal history of s. 276.

[223] The evidence in this case, predominantly tendered through Mr. Barton’s own testimony, included detailed descriptions of Ms. Gladue’s sexual activity on the night before the events leading to her death. As well, Ms. Gladue was described repeatedly — by both the Crown and the defence — as a Native prostitute more than 20 times throughout the trial. Although this evidence clearly fell within the scope of s. 276, the trial judge failed to apply the mandatory admissibility inquiry required by that provision or to give the jury limiting instructions to temper the prejudicial effects of Mr. Barton’s testimony. Moreover, the repeated references to the complainant as “Native girl” and the “Native woman” created the potential for further prejudice.

[224] It was a critical legal error to admit Mr. Barton’s testimony without considering its admissibility pursuant to s. 276 and without providing any limiting instructions to the jury. There is no doubt that this evidence had ripple effects that prejudiced other parts of the trial, permitting the jury to engage in dangerous and impermissible inferences about key issues that may well have had a material bearing on the acquittals.

[225] The devastatingly prejudicial effects of this error cannot be said to be confined to the included offence of manslaughter, but may also have had a material bearing on the jury’s reasoning on the charge of first degree murder. The prejudicial impact of Mr. Barton’s detailed testimony — without either the screening required by s. 276 or any limiting instructions — necessarily infected the whole trial and the entirety of the jury’s fact-finding process. The admission of this evidence, in contravention

raisonnement quant à la propension sur le fondement des « deux mythes » — à savoir que la victime est plus susceptible d’avoir *consenti à l’activité sexuelle en question* et qu’elle est *généralement moins digne de foi* en raison de son comportement sexuel antérieur (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 604). Les juges majoritaires ont résumé avec exactitude et de manière exhaustive l’importance et l’historique juridique de l’art. 276.

[223] En l’espèce, la preuve, qui a principalement été déposée au moyen du témoignage de M. Barton, comprenait des descriptions détaillées de l’activité sexuelle de M^{me} Gladue la nuit précédant les événements ayant mené à sa mort. De plus, M^{me} Gladue a été qualifiée de « *Native prostitute* » à plus de 20 reprises durant le procès, tant par le ministère public que par la défense. Bien que cette preuve relève clairement de la portée de l’art. 276, le juge du procès n’a pas tenu l’audition requise par cette disposition pour décider de l’admissibilité de la preuve ou fourni une directive restrictive au jury afin de modérer les effets préjudiciables du témoignage de M. Barton. Qui plus est, le fait d’avoir appelé maintes fois la plaignante la « *Native girl* » et la « *Native woman* » a créé le risque d’accentuer le préjudice.

[224] C’était une grave erreur de droit d’admettre le témoignage de M. Barton sans juger de son admissibilité au regard de l’art. 276 et sans donner au jury de directive restrictive. Il ne fait aucun doute que cette preuve a eu un effet d’entraînement qui a compromis d’autres parties du procès et permis au jury de tirer des inférences périlleuses et inacceptables à l’égard des questions principales qui ont fort bien pu avoir une incidence significative sur les acquittements.

[225] On ne saurait affirmer que les effets préjudiciables dévastateurs de cette erreur se limitent à l’infraction incluse d’homicide involontaire coupable; ils ont peut-être eu aussi une incidence significative sur le raisonnement du jury quant à l’accusation de meurtre au premier degré. L’incidence préjudiciable du témoignage détaillé de M. Barton — sans le filtrage qu’exige l’art. 276 ou sans directive restrictive — a nécessairement contaminé l’ensemble du procès et tout l’établissement des faits du jury.

of s. 276, may have tainted the jury's view of the deceased and its assessment of the evidence tendered by the accused about the nature of the sexual activity, *including his testimony that he did not use a sharp object*. In short, there was a real risk that the profound prejudice caused by the trial judge's error contaminated the jury's broader fact-finding function, including on murder.

[226] In our view, it cannot be said that the murder charge was decided merely on a battle of expert evidence as to whether a sharp object was used. Unless otherwise cautioned, juries are entitled to consider all the evidence they heard at trial in their deliberations. The unfiltered admission of Mr. Barton's testimony, which included extensive details of his sexual encounters with Ms. Gladue in contravention of s. 276, likely tainted the jury's view of Ms. Gladue, and would have been the lens through which the jury assessed what happened. This was especially true since the only other witness to the events was dead.

[227] Furthermore, even if the evidence had been properly admitted, the strong possibility that the jury might engage in impermissible "twin myths" reasoning based on Mr. Barton's description of Ms. Gladue's previous sexual activities necessitated a strong limiting instruction. Instead, the trial judge, on a number of occasions, instructed the jury to base its findings of fact on Mr. Barton's version of events. In outlining the offence of sexual assault, for example, the trial judge told the jury to consider whether Ms. Gladue had consented "to the type of sexual activity described and demonstrated by Mr. Barton in his testimony". Later, the trial judge indicated that "there is some evidence that Cindy Gladue consented to the application of some force by Mr. Barton, including sexual activity and the activity described by Mr. Barton in his testimony".

L'admission de cette preuve en contravention de l'art. 276 a peut-être vicié l'opinion du jury à l'égard de la défunte ainsi que son évaluation de la preuve présentée par l'accusé concernant la nature de l'activité sexuelle, *y compris son témoignage selon lequel il n'a pas utilisé d'objet tranchant*. Bref, le préjudice grave causé par l'erreur du juge du procès risquait réellement de contaminer la fonction générale de l'établissement des faits du jury, *y compris pour l'accusation de meurtre*.

[226] À notre avis, on ne saurait dire que la décision relative à l'accusation de meurtre reposait simplement sur un combat d'experts concernant la question de savoir si un objet tranchant a été utilisé. Sauf avertissement contraire, les jurés ont le droit de prendre en considération tous les éléments de preuve qu'ils ont entendus au procès pour mener leurs délibérations. L'admission sans restriction du témoignage de M. Barton, lequel comportait de nombreux détails sur ses relations sexuelles avec M^{me} Gladue en contravention de l'art. 276, a probablement vicié l'opinion du jury à l'égard de celle-ci et c'est à travers ce prisme que le jury aurait évalué ce qui s'est passé. Cela est particulièrement vrai puisque le seul autre témoin des événements est décédé.

[227] Par ailleurs, même si la preuve avait été admise à bon droit, la forte probabilité que le jury se livre à un raisonnement inadmissible fondé sur les « deux mythes » en fonction de la description qu'a faite M. Barton du comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue nécessitait des directives restrictives solides. Or, à plusieurs reprises, le juge du procès a donné au jury la directive de fonder ses conclusions de fait sur la version des événements de M. Barton. Dans son exposé sur l'infraction d'agression sexuelle, par exemple, le juge du procès a demandé au jury de déterminer si M^{me} Gladue avait consenti [TRADUCTION] « au type d'activité sexuelle décrit et démontré par M. Barton dans son témoignage ». Par la suite, le juge du procès a affirmé que « certains éléments de preuve indiquent que Cindy Gladue a consenti à l'emploi d'une certaine force par M. Barton, y compris l'activité sexuelle et l'activité décrites par M. Barton dans son témoignage ».

[228] The repeated instructions to the jury to consider Mr. Barton’s testimony about the events as the basis for further findings of fact amplified the potential for the “twin myths” reasoning prohibited by s. 276(1). Indeed, the jury’s portrait of Ms. Gladue was painted almost exclusively through Mr. Barton’s testimony, which meant that there was a significant possibility that the jury’s *entire* deliberations would have been based on fundamentally flawed — and prohibited — legal premises.

[229] The potential for prejudicial reasoning was further exacerbated by the repeated description of Ms. Gladue as a “prostitute”, and as a “Native”, without any limiting instruction from the trial judge.

[230] Based on studies that found that “jurors were more likely to convict a defendant accused of raping a woman with a chaste reputation than an identical defendant charged with assaulting a prostitute”, this Court in *Seaboyer* expressly warned against the use of the word “prostitute” because the use of this term is intrinsically linked to “twin myths” reasoning and can lead to substantial prejudice in the way the jury assesses the evidence (*Seaboyer*, at pp. 661-65 (emphasis deleted), per L’Heureux-Dubé J., dissenting (but not on this point); see also Yasmin Jiwani and Mary Lynn Young, “Missing and Murdered Women: Reproducing Marginality in News Discourse” (2006), 31 *Can. J. Commun.* 895, at p. 902).

[231] The undisputed biases against sex-trade workers and against Indigenous peoples can be “as invasive and elusive as they are corrosive” (*R. v. Williams*, [1998] 1 S.C.R. 1128, at para. 22). Indeed, as compellingly explained by the Alberta Court of Appeal in this case, because Ms. Gladue was in effect labelled a “Native prostitute”, “the jury would believe she was even more likely to have consented to whatever Barton did and was even less worthy of the law’s protection” (354 C.C.C. (3d) 245, at para. 128). These references introduced a risk that the jury’s reasoning might be tainted by conscious

[228] Les directives répétées au jury de se servir du témoignage de M. Barton à propos des événements comme fondement pour tirer des conclusions de fait supplémentaires ont amplifié le risque que les jurés adoptent le raisonnement fondé sur les « deux mythes » qu’interdit le par. 276(1). En effet, le jury a dressé un portrait de M^{me} Gladue en se fondant presque exclusivement sur le témoignage de M. Barton, ce qui signifie qu’il est fort probable que l’*ensemble* de ses délibérations ait reposé sur des prémisses juridiques fondamentalement erronées et interdites.

[229] La possibilité d’un raisonnement préjudiciable a été exacerbée davantage par le fait que M^{me} Gladue a été décrite à plusieurs reprises au moyen des mots « *prostitute* » et « *Native* », sans aucune directive restrictive du juge du procès.

[230] Se fondant sur des études selon lesquelles « il y avait plus de chances que les jurés déclarent coupable un défendeur accusé du viol d’une femme de bonnes mœurs que dans le cas où il serait accusé d’avoir agressé une prostituée », notre Cour a expressément évoqué, dans l’arrêt *Seaboyer*, le danger d’utiliser le mot « prostituée » parce qu’il se rapporte intrinsèquement au raisonnement fondé sur les « deux mythes » et peut entraîner un préjudice grave dans la façon dont le jury évalue la preuve (*Seaboyer*, p. 661-665 (soulignement omis), la juge L’Heureux-Dubé, dissidente (mais non sur ce point); voir aussi Yasmin Jiwani et Mary Lynn Young, « Missing and Murdered Women : Reproducing Marginality in News Discourse » (2006), 31 *Can. J. Commun.* 895, p. 902).

[231] Les préjugés incontestés contre les travailleurs du sexe et les Autochtones peuvent être « aussi attentatoires et insaisissables que corrosifs » (*R. c. Williams*, [1998] 1 R.C.S. 1128, par. 22). En effet, comme l’a expliqué de façon convaincante la Cour d’appel de l’Alberta en l’espèce, étant donné que M^{me} Gladue a effectivement été qualifiée de « *Native prostitute* », [TRADUCTION] « le jury croirait qu’elle était encore plus susceptible d’avoir consenti à tout ce que M. Barton a fait et qu’elle était encore moins digne de la protection de la loi » (354 C.C.C. (3d) 245, par. 128). Ce qualificatif a créé le risque que le

or unconscious racial prejudice or reliance on racist stereotypes.

[232] To guard against eroding public confidence in juries, it is important to address the concerns expressed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353, and confirmed by this Court in *Williams*, that specific safeguards are required in jury trials to prevent systemic biases that can affect jury deliberations. As McLachlin J. observed in *Williams*, “the evidence of widespread bias against aboriginal people in the community raises a realistic potential of partiality” which creates the risk that the verdict “reflects, not the evidence and the law, but juror preconceptions and prejudices” (paras. 11 and 15; see also *R. v. Spence*, [2005] 3 S.C.R. 458).

[233] Acknowledging, as this Court has for the last two decades, that racial prejudice is “a social fact not capable of reasonable dispute” (*Spence*, at para. 5), is not an insult to the jury system, it is a wake-up call to trial judges to be acutely attentive to the undisputed reality of pervasive prejudice and to provide the jury instructions required by law. That means that in cases where this reality is relevant, especially in the context of sexual assault, juries need to be carefully instructed on how to approach the evidence with an open mind, and not allow their reasoning to be obstructed by subconscious stereotypes.

[234] Trial judges have an important role to play in instructing juries so that they can recognize and set aside racial and other biases, including those against Indigenous peoples and sex trade workers. Not only did that not happen here, the *opposite* occurred: inflammatory terminology was frequent, and was gratuitously used without any corrective intervention by the trial judge.

[235] In summary, the trial judge’s failure to apply the requirements in s. 276 created a significant

raisonnement du jury soit contaminé par des préjugés raciaux conscients ou inconscients, ou des stéréotypes racistes.

[232] Pour éviter de miner la confiance du public envers les jurés, il importe de répondre aux préoccupations exprimées par la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353, et confirmées par notre Cour dans *Williams*, suivant lesquelles certaines garanties s’imposent dans les procès devant jury pour prévenir les préjugés systémiques qui peuvent nuire aux délibérations du jury. Comme l’a fait remarquer la juge McLachlin dans *Williams*, « la preuve de l’existence, dans la collectivité, de préjugés largement répandus contre les autochtones engendre une possibilité réaliste de partialité » qui risque de conduire à un verdict « reflétant non pas la preuve et le droit, mais les idées préconçues et les préjugés du juré » (par. 11 et 15; voir aussi *R. c. Spence*, [2005] 3 R.C.S. 458).

[233] Reconnaître, comme l’a fait notre Cour depuis les deux dernières décennies, que le préjugé racial est « un fait social qui ne peut raisonnablement être contesté » (*Spence*, par. 5) n’est pas une insulte envers l’institution du jury, c’est un avertissement aux juges de première instance d’être très attentifs à la réalité non contestée du préjugé omniprésent et de donner au jury les directives qu’exige le droit. Cela veut dire que, dans les cas où cette réalité est pertinente, surtout dans le contexte d’une agression sexuelle, il faut montrer avec soin aux jurés comment aborder la preuve avec l’esprit ouvert, et ne pas laisser des stéréotypes inconscients entraver leur raisonnement.

[234] Les juges de première instance ont un rôle important à jouer : ils donnent des directives aux jurés pour leur permettre de reconnaître et de mettre de côté les préjugés raciaux et autres, notamment ceux contre les Autochtones et les travailleurs du sexe. Non seulement cela n’est-il pas arrivé en l’espèce, mais l’*inverse* s’est produit : des termes incendiaires ont été utilisés de manière fréquente et gratuite sans que le juge du procès ne prenne de mesures correctives.

[235] En résumé, le non-respect par le juge du procès des exigences prévues à l’art. 276 a créé un

risk that the evidence of Ms. Gladue's prior sexual conduct not only tainted the jury's perception of her character and conduct, but also fundamentally affected the factual foundation upon which their deliberations were based. This error permeated the entire trial and may have had a material bearing on the jury's deliberations, affecting their verdicts for both murder and manslaughter.

[236] Given the prejudicial impact of these references, and the risk that they would affect the jury's assessment of Ms. Gladue and Mr. Barton's credibility, it is difficult to see how it is realistically possible to conclude that their effect was confined to the jury's verdict on manslaughter. The risk of harmful effects on the jury's deliberations on murder would have been no less profound. When a trial with intimately connected issues, such as this one, is riddled with highly prejudicial testimony, it affects the very foundations of a jury's fact-finding function and decision making. The trial judge's error in permitting evidence of prior sexual activity to be admitted, in clear contravention of s. 276, could reasonably be thought to have had a material bearing on the jury's deliberations as a whole. It was a fundamental error, warranting, on its own, a new trial on both murder and manslaughter.

[237] Additional highly prejudicial errors by the trial judge exacerbated the harm created by failing to apply the clear requirements of s. 276, namely the errors in his instructions regarding Mr. Barton's after-the-fact conduct. We agree with the Alberta Court of Appeal that the jury instructions on after-the-fact conduct were confusing and misleading.

[238] After-the-fact conduct refers to anything said or done by an accused after the commission of the alleged offence. It is a form of circumstantial evidence

risque important que la preuve relative au comportement sexuel antérieur de M^{me} Gladue entache la perception que le jury avait de sa personnalité et de sa conduite en plus de nuire fondamentalement au fondement factuel sur lequel reposaient les délibérations du jury. Cette erreur a imprégné l'ensemble du procès et a peut-être eu une incidence significative sur les délibérations du jury, influant par le fait même sur son verdict concernant le meurtre et l'homicide involontaire coupable.

[236] Étant donné l'effet préjudiciable des termes employés et le risque qu'ils nuisent à l'évaluation par le jury de la crédibilité de M^{me} Gladue et de M. Barton, il est difficile de voir comment il est possible de conclure que leur effet se limitait au verdict du jury sur l'infraction d'homicide involontaire coupable. Le risque d'effet préjudiciable sur les délibérations du jury relativement à l'accusation de meurtre n'en aurait pas été moins grand. Lorsqu'un procès met en cause des questions étroitement liées, comme c'est le cas en l'espèce, et qu'il est truffé de témoignages hautement préjudiciables, cela affaiblit les bases mêmes de la fonction de l'établissement des faits et du processus décisionnel du jury. On peut raisonnablement penser que l'erreur que le juge du procès a commise en admettant la preuve relative au comportement sexuel antérieur en contravention manifeste de l'art. 276 aurait pu avoir une incidence significative sur l'ensemble des délibérations du jury. Il s'agit d'une erreur fondamentale qui justifie à elle seule la tenue d'un nouveau procès pour meurtre et homicide involontaire coupable.

[237] Le juge du procès a commis d'autres erreurs hautement préjudiciables qui ont exacerbé le préjudice causé par son défaut d'appliquer les exigences claires de l'art. 276, soit les erreurs dans ses directives sur le comportement de M. Barton après le fait. Nous sommes d'accord avec la Cour d'appel de l'Alberta pour dire que les directives données au jury concernant le comportement après le fait prêtaient à confusion et étaient trompeuses.

[238] Le comportement après le fait désigne tout ce que l'accusé a dit ou fait après la perpétration de l'infraction reprochée. C'est une forme de preuve

and its use is highly specific to the factual matrix and context of each case. It can be probative of whether the accused was conscious of having committed an offence and of particular significance in assessing credibility.

[239] In his own testimony, Mr. Barton admitted to lying, disposing of evidence and providing contradictory exculpatory explanations to numerous people after Ms. Gladue's death. It was open to the jury to conclude that additional incriminating after-the-fact conduct evidence came from the hotel video camera footage, physical evidence found by the police, and the testimony of numerous individuals. Mr. Barton did not call 911 immediately after finding Ms. Gladue in the bathtub. Instead there was evidence that he sought to erase his link to the scene by attempting to clean the bathroom, re-arranging the bedding, putting his belongings in his van, checking out of the hotel room, and that he attempted to conceal and destroy evidence by throwing the bloody towel he had used to wipe Ms. Gladue's blood from his feet and the bathroom floor into a garbage can in the parking lot of the hotel.

[240] He also concocted and fabricated multiple stories and excuses. After checking out of the hotel room, he told the hotel clerk that he had forgotten something in the room in order to get back into the hotel room. Once there, he called 911 from the hotel phone and told the 911 operator that a woman he didn't know knocked on his door the previous night and asked to use the shower and, when he woke up, he had found her covered in blood in the bathtub. He told a similar story to a work colleague. He told the police officers who attended the scene that he did not know Ms. Gladue and had only seen her smoking outside the previous night. He told a completely different story on initiating a conversation with an undercover officer, telling him that he had rented out his hotel room to some "swampers" (movers) and slept in his truck the previous night. At trial,

circonstancielle dont l'utilisation dépend grandement du fondement factuel et du contexte de chaque affaire. Il peut être probant quant à la question de savoir si l'accusé était conscient d'avoir commis une infraction, et il peut revêtir une importance particulière dans l'évaluation de la crédibilité.

[239] Dans son propre témoignage, M. Barton a avoué avoir menti, s'être débarrassé d'éléments de preuve et avoir fourni des explications disculpatoires contradictoires à de nombreuses personnes après la mort de M^{me} Gladue. Il était loisible au jury de conclure que d'autres éléments de preuve incriminants relatifs à son comportement après le fait provenaient d'une vidéo captée par la caméra de l'hôtel, des éléments de preuve matérielle trouvés par la police et du témoignage de nombreuses personnes. M. Barton n'a pas appelé le 911 immédiatement après avoir trouvé M^{me} Gladue dans la baignoire. Certains éléments de preuve démontrent plutôt qu'il a essayé d'effacer les traces de sa présence sur les lieux en tentant de nettoyer la salle de bain, en refaisant le lit, en mettant ses effets personnels dans sa fourgonnette et en réglant les formalités de départ de l'hôtel. Il a aussi essayé de cacher et de détruire des éléments de preuve en jetant dans une poubelle du stationnement de l'hôtel la serviette trempée de sang dont il s'était servi pour essuyer le sang de M^{me} Gladue qui se trouvait sur ses pieds et sur le plancher de la salle de bain.

[240] Il a également inventé de multiples histoires et excuses. Après avoir réglé les formalités de départ à l'hôtel, il a dit au commis à la réception qu'il avait oublié quelque chose dans la chambre afin d'y retourner. Une fois sur place, il a composé le 911 à partir du téléphone qui se trouvait dans la chambre et a dit à l'opérateur qu'une femme qu'il ne connaissait pas avait frappé à sa porte la nuit précédente et avait demandé d'utiliser la douche et que, quand il s'était réveillé, il l'avait trouvée couverte de sang dans la baignoire. Il a raconté une histoire similaire à un collègue de travail. Il a dit aux policiers qui étaient sur les lieux qu'il ne connaissait pas M^{me} Gladue et qu'il l'avait seulement vue en train de fumer dehors la nuit précédente. Il a raconté une histoire complètement différente à un agent d'infiltration, déclarant qu'il avait loué sa chambre d'hôtel à quelques

Mr. Barton admitted to these lies claiming, “I lied. But I am not a liar.”

[241] The potential significance of this after-the-fact conduct is palpable and there is a strong possibility that, properly instructed, it would have had a material bearing on the jury’s assessment of Mr. Barton’s testimony and, ultimately, its verdict.

[242] Instead, the jury was given contradictory and confusing directions. The trial judge correctly told the jury in his charge that post-offence conduct is like “all circumstantial evidence” that can be used “in deciding whether the Crown has proved Mr. Barton’s guilt beyond a reasonable doubt”. He stated that it was up to the jury to decide what use to make of this evidence, and that they were entitled to consider the evidence of Mr. Barton’s admitted lies and discarding of evidence as after-the-fact conduct.

[243] Unfortunately, the trial judge also instructed the jury numerous times that it could *not* use the evidence for those very purposes. In effect, the trial judge did not leave it open to the jury to consider the impact of the after-the-fact conduct evidence, such as the admitted exculpatory lies Mr. Barton told after Ms. Gladue’s death, except when such evidence favoured an acquittal.

[244] In this regard, the jury was told: “[y]ou cannot infer that Mr. Barton is guilty of *any* offence as a result of his after-the-fact conduct, but it may be used to assess his claim that Cindy Gladue’s injury was an accident” (emphasis added). This was repeated in the concluding words of this part of the charge: “[y]ou cannot use this evidence to draw *any* conclusion about — as to which of the available offences Mr. Barton may be guilty of” (emphasis added).

déménageurs et qu’il avait dormi dans sa fourgonnette la nuit précédente. Au procès, M. Barton a avoué ces mensonges, déclarant : [TRADUCTION] « J’ai menti, mais je ne suis pas un menteur. »

[241] L’importance que peut revêtir ce comportement après le fait est manifeste et il est fort probable que si le jury avait reçu des directives appropriées, le comportement aurait eu une incidence significative sur son évaluation du témoignage de M. Barton et, en fin de compte, sur son verdict.

[242] Le jury a plutôt reçu des directives contradictoires et portant à confusion. Le juge du procès a indiqué à bon droit au jury que le comportement après le fait s’apparente à [TRADUCTION] « tout élément de preuve circonstancielle » qui peut être utilisé « pour décider si le ministère public a prouvé la culpabilité de M. Barton hors de tout doute raisonnable ». Il a déclaré qu’il appartenait aux jurés de décider quoi faire de ces éléments de preuve et qu’ils avaient le droit de considérer les mensonges avoués de M. Barton et le fait qu’il a tenté de se débarrasser d’éléments de preuve comme un comportement après le fait.

[243] Malheureusement, le juge du procès a aussi informé les jurés à de nombreuses reprises qu’ils *ne* pouvaient *pas* utiliser cette preuve à ces mêmes fins. Dans les faits, le juge du procès n’a pas laissé au jury le choix de tenir compte de l’incidence du comportement après le fait, comme les mensonges disculpatoires que M. Barton a avoué avoir racontés après la mort de M^{me} Gladue, sauf lorsque ces éléments de preuve favorisaient un acquittement.

[244] À cet égard, il a dit au jury : [TRADUCTION] « [v]ous ne pouvez pas conclure que M. Barton est coupable de *quelque* infraction *que ce soit* en raison de son comportement après le fait, mais vous pouvez vous fonder sur celui-ci pour évaluer sa prétention selon laquelle la blessure de Cindy Gladue était accidentelle » (italiques ajoutés). Il a répété cette directive à la fin de cette partie de son exposé au jury : [TRADUCTION] « [v]ous ne pouvez pas utiliser ces éléments de preuve pour tirer *quelque* conclusion *que ce soit* à propos des infractions dont M. Barton pourrait être coupable » (italiques ajoutés).

[245] The jury was thus precluded from using Mr. Barton’s post-offence conduct to question his credibility, or as a means by which to draw any conclusions of guilt. The final instruction the jury was given with regard to after-the-fact conduct evidence was wrong in law and effectively usurped the jury’s fact-finding function (*R. v. White*, [1998] 2 S.C.R. 72, at para. 27).

[246] Mr. Barton argues that although this particular portion of the charge may have been ambiguous or incomplete, the jury was given correct and complete instructions elsewhere. In our view, the earlier instructions do not mitigate the seriousness of these errors — quite the opposite. Contradictory instructions do not clarify, they confuse. Taken as a whole, the result was a charge on post-offence conduct “so unnecessarily confusing that it constituted an error of law” (*R. v. Hebert*, [1996] 2 S.C.R. 272, at para. 8).

[247] Juries, although expected to apply common sense, are above all expected to follow the instructions given by the trial judge. Where those instructions are confusing and contradictory, there is no roadmap for common sense to follow.

[248] We cannot accept Mr. Barton’s submission that these errors are unlikely to have affected the outcome of the trial. The jury was told that it could not use the extensive post-offence conduct evidence to find Mr. Barton guilty of “any offence”. This erroneous instruction undermined the jurors’ ability to properly decide whether Mr. Barton’s narrative was credible. The error was compounded by the failure to indicate to the jury that after-the-fact conduct evidence may be used, at a general level, “to impugn the accused person’s credibility” (*R. v. Jaw*, [2009] 3 S.C.R. 26, at para. 39). Given the inability of a deceased to provide her testimony, the jury heard only Mr. Barton’s narrative of the events, making the jury’s assessment of Mr. Barton’s overall credibility critical to its deliberations on both murder and manslaughter. There can be no doubt that these errors meet the test in *Graveline*, and

[245] Le jury a donc été empêché d’utiliser le comportement de M. Barton après le fait pour mettre en doute sa crédibilité ou pour tirer une conclusion de culpabilité. La dernière directive donnée au jury concernant la preuve relative au comportement après le fait était erronée en droit et usurpait effectivement le rôle de juge des faits dévolu au jury (*R. c. White*, [1998] 2 R.C.S. 72, par. 27).

[246] M. Barton soutient que même si cette partie de l’exposé au jury était peut-être ambiguë ou incomplète, le jury a reçu des directives correctes et complètes à un autre moment. À notre avis, les directives données plus tôt n’atténuent pas la gravité de ces erreurs, bien au contraire. Des directives contradictoires ne clarifient rien; elles portent à confusion. Dans l’ensemble, cela a fait en sorte que l’exposé au jury concernant le comportement après le fait « prêtait inutilement à confusion à un point tel qu’il constituait une erreur de droit » (*R. c. Hebert*, [1996] 2 R.C.S. 272, par. 8).

[247] Bien que l’on s’attende à ce qu’ils fassent preuve de bon sens, les jurés doivent d’abord et avant tout suivre les directives que leur donne le juge du procès. Si ces directives portent à confusion et sont contradictoires, il n’y a pas de marche à suivre pour faire preuve de bon sens.

[248] Nous ne pouvons pas accepter l’observation de M. Barton selon laquelle ces erreurs n’ont probablement pas eu d’effet sur l’issue du procès. Le jury a été informé qu’il ne pouvait pas utiliser la preuve abondante relative au comportement après le fait pour déclarer M. Barton coupable de [TRADUCTION] « *quelque infraction que ce soit* ». Cette directive erronée a miné la capacité des jurés de décider comme il se doit si le récit de M. Barton était crédible. Cette erreur a été exacerbée par le défaut d’indiquer au jury que la preuve relative au comportement après le fait pouvait être utilisée pour « miner la crédibilité de l’accusé en général » (*R. c. Jaw*, [2009] 3 R.C.S. 26, par. 39). Étant donné l’incapacité de la défunte de témoigner, le jury n’a entendu que le récit des faits de M. Barton, rendant son évaluation de la crédibilité générale de ce dernier critique pour ses délibérations concernant l’accusation de meurtre et l’infraction

necessitate a new trial on both murder and manslaughter.

[249] After-the-fact conduct evidence was an important part of the Crown's case in attempting to undermine Mr. Barton's credibility as a whole and his narrative that Ms. Gladue's death was an accident, to the murder charge. In fact, after-the-fact conduct evidence was critically linked to the jury's ability to evaluate Mr. Barton's entire testimony, and his credibility in connection with *both* murder and manslaughter. Because the assessment of Mr. Barton's credibility was crucial to the outcome of this trial, this error had a material bearing on the jury's deliberations as a whole.

[250] Mr. Barton raised two procedural arguments that he says should preclude a re-trial on this basis. First, he argues that the Crown's failure to object to this portion of the charge should prevent this Court from dealing with this issue. Secondly, he submits that the Court of Appeal improperly raised this as a new issue on appeal and did not afford the accused the opportunity to provide written submissions.

[251] We disagree. The fact that the Crown did not specifically object and indeed suggested some of the language to this portion of the charge is not determinative of the existence of procedural unfairness. The practice of providing written drafts of the charge to counsel, or incorporating suggestions from counsel, does not render a jury charge immune to appeal. Suggestions by counsel are just that — suggestions. It remains the responsibility of the trial judge to provide the jury with instructions that are coherent and understandable.

[252] It is true that the Crown did not identify after-the-fact conduct as one of its grounds of appeal when it filed its notice of appeal after Mr. Barton's

incline d'homicide involontaire coupable. Il ne fait aucun doute que ces erreurs satisfont au critère établi dans l'arrêt *Graveline* et nécessitent la tenue d'un nouveau procès pour meurtre et homicide involontaire coupable.

[249] La preuve relative au comportement après le fait constituait une partie importante de la preuve présentée par le ministère public pour tenter de miner la crédibilité de M. Barton dans son ensemble et de son récit selon lequel la mort de M^{me} Gladue était accidentelle, notamment pour l'accusation de meurtre. En fait, il existait un lien crucial entre la preuve relative au comportement après le fait et la capacité du jury d'évaluer tout le témoignage de M. Barton ainsi que sa crédibilité au regard du meurtre *et* de celle d'homicide involontaire coupable. Puisque l'évaluation de la crédibilité de M. Barton était cruciale pour l'issue du procès, cette erreur a eu une incidence significative sur l'ensemble des délibérations du jury.

[250] M. Barton a invoqué deux arguments procéduraux qui, selon lui, devraient faire obstacle à la tenue d'un nouveau procès pour le motif susmentionné. Premièrement, il soutient que le défaut du ministère public de s'opposer à cette partie de l'exposé au jury devrait empêcher notre Cour d'aborder la question. Deuxièmement, il affirme que la Cour d'appel a soulevé irrégulièrement ce point comme nouvelle question en appel et n'a pas offert à l'accusé l'occasion de présenter des observations écrites.

[251] Nous ne sommes pas d'accord. Le fait que le ministère public ne se soit pas explicitement opposé et, en fait, qu'il ait lui-même proposé une partie du libellé de l'exposé au jury n'est pas déterminant quant à l'existence d'un manquement à l'équité procédurale. La pratique qui consiste à fournir aux avocats une version écrite provisoire de l'exposé au jury ou d'y intégrer les suggestions des avocats ne rend pas l'exposé inattaquable en appel. Les suggestions des avocats ne sont que ça : des suggestions. Il demeure de la responsabilité du juge du procès de donner au jury des directives cohérentes et compréhensibles.

[252] Certes, le ministère public n'a pas désigné le comportement après le fait comme l'un de ses moyens d'appel lorsqu'il a déposé son avis d'appel

acquittal. The Court of Appeal identified these errors to the parties as concerns at the outset of the two-day oral appeal hearing. Both parties were then asked to make oral submissions on the effect of the after-the-fact conduct portions of the charge.

[253] Mr. Barton argues that this violated the court’s duty of procedural fairness according to the guidelines set out in *R. v. Mian*, [2014] 2 S.C.R. 689. In our view, however, this is the very type of case this Court envisioned in *Mian*, and the procedure followed was well within the guidelines set out in that decision.

[254] In *Mian*, this Court concluded that an appellate court’s discretion to raise new issues on its own motion should be exercised sparingly and only when failing to do so “would risk an injustice” including “[w]here there is good reason to believe that the result would realistically have differed had the error not been made” (paras. 41-45). The Court sought to balance the concern that appellate courts remain (and are seen to remain) impartial, alongside the court’s role in ensuring that justice is done (paras. 40-41).

[255] There was a series of glaring, serious legal errors in a critical part of the jury charge which had a material bearing on the verdicts in this case. As such, appellate intervention was clearly justified. Failure to intervene would have “risk[ed] an injustice”. We are satisfied that the appropriate balance was struck in this case, and that this is one of the rare cases in which a provincial appellate court was entitled, and even required to raise an issue of its own motion.

[256] As a result, in our respectful view, the Court of Appeal properly raised after-the-fact conduct as a new issue. We are persuaded that the Court of Appeal gave counsel fair notice and sufficient opportunity to make submissions. While *Mian* set out broad procedural guidelines to ensure that raising a new issue of sufficient importance does not prejudice either

après l’acquittement de M. Barton. La Cour d’appel a signalé ces erreurs préoccupantes aux parties au début de l’audition de deux jours. Il a ensuite été demandé aux deux parties de présenter des observations orales sur l’effet des passages de l’exposé au jury relatifs au comportement après le fait.

[253] M. Barton soutient que cela constituait une entorse à l’obligation d’équité procédurale de la cour selon les lignes directrices établies dans l’arrêt *R. c. Mian*, [2014] 2 R.C.S. 689. À notre avis, il s’agit plutôt exactement du type d’affaire que notre Cour envisageait dans l’arrêt *Mian*, et la procédure suivie était bel et bien conforme aux lignes directrices établies dans cette décision.

[254] Dans *Mian*, notre Cour a conclu que le pouvoir discrétionnaire d’une cour d’appel de soulever de nouvelles questions devrait être exercé avec parcimonie et seulement lorsque son omission de le faire « risquerait d’entraîner une injustice », notamment « [l]orsqu’il existe une bonne raison de croire que le résultat aurait réalitement été différent si l’erreur n’avait pas été commise » (par. 41-45). La Cour a cherché à concilier le souci que les cours d’appel demeurent impartiales (et soient perçues comme le demeurant) et le rôle de la cour de veiller à ce que justice soit rendue (par. 40-41).

[255] Une série d’erreurs de droit flagrantes et graves ont été commises dans un passage capital de l’exposé au jury, ce qui a eu une incidence significative sur les verdicts en l’espèce. En conséquence, l’intervention de la Cour d’appel était clairement justifiée. Le défaut d’intervenir aurait « ris[qué] d’entraîner une injustice ». Nous sommes convaincues que le juste équilibre a été atteint en l’espèce et qu’il s’agit de l’un des rares cas où une cour d’appel provinciale avait le droit et était même tenue de soulever une nouvelle question de sa propre initiative.

[256] Par conséquent, à notre humble avis, la Cour d’appel a invoqué à juste titre le comportement après le fait en tant que nouvelle question. Nous sommes persuadées que la Cour d’appel a donné aux avocats un avis raisonnable et une occasion suffisante de présenter des observations. Bien que l’arrêt *Mian* ait établi des lignes directrices générales sur la

side, it did not set down any *specific* procedures for providing notice and receiving responses from the parties on new issues (paras. 54-59). Rather, the guidance provided in *Mian* is, of necessity, flexible. The Court suggested that the steps taken should be “practical” and “will vary depending on the context and the circumstances in a given case” (para. 55).

[257] *Mian* explicitly recognized that appellate courts were best positioned to determine the appropriate procedure for responses to new issues on a case-by-case basis and indicated that “it will often be possible for appellate courts to ensure procedural fairness by adjusting the course of the appellate process” (para. 52). These broad guidelines strike a balance between ensuring that parties are fully aware of new issues and can adequately respond to them, and giving appellate bodies the flexibility to raise critical issues when and as they arise.

[258] Allowing an appellate court the flexibility and discretion to adapt its procedure was recently confirmed by this Court in *R. v. Suter*, [2018] 2 S.C.R. 496 (at paras. 29-33), where the Alberta Court of Appeal had raised a new issue during the hearing. The parties were given notice and an opportunity to respond. Mr. Suter appealed on the basis that there should have been more notice and a chance to make further written and oral submissions. This Court rejected the argument, stating that it had already “explicitly reject[ed] an approach that would require strict procedural standards to be followed [in *Mian*], as such a formalistic approach would ‘fail to recognize that the issue may arise in different circumstances in different cases’” (*Suter*, at para. 33, quoting *Mian*, at para. 55).

[259] The procedural process in *Suter* closely parallels this case. The panel raised the issue of after-the-fact conduct on the first day of the oral hearing.

procédure afin de veiller à ce que les parties ne subissent aucun préjudice lorsqu’une nouvelle question suffisamment importante est soulevée, aucune procédure *particulière* n’a été établie concernant la notification des parties et la réception des réponses des parties à l’égard des nouvelles questions (par. 54-59). L’orientation fournie dans l’arrêt *Mian* est, par la force des choses, plutôt souple. La Cour a indiqué que les mesures prises devraient être « pratiques » et qu’elles « varier[ont] en fonction du contexte et des circonstances d’une affaire donnée » (par. 55).

[257] L’arrêt *Mian* a reconnu explicitement que les cours d’appel étaient les mieux placées pour décider de la procédure à suivre pour répondre aux nouvelles questions soulevées au cas par cas et qu’il leur « sera souvent possible d’assurer l’équité procédurale en ajustant le cours du processus d’appel » (par. 52). Ces larges lignes directrices établissent un équilibre entre, d’une part, l’obligation de veiller à ce que les parties soient au courant des nouvelles questions et puissent y répondre convenablement et, d’autre part, l’obligation d’accorder aux cours d’appel la souplesse nécessaire pour soulever des questions capitales à mesure qu’elles surviennent.

[258] Le principe selon lequel une cour d’appel doit avoir la souplesse et le pouvoir discrétionnaire voulus pour adapter sa procédure a été confirmé récemment par notre Cour dans *R. c. Suter*, [2018] 2 R.C.S. 496 (par. 29-33), une affaire où la Cour d’appel de l’Alberta avait soulevé une nouvelle question à l’audience. Les parties avaient été notifiées et avaient eu l’occasion de répondre. M. Suter a interjeté appel au motif que la notification n’était pas suffisante et qu’il n’avait pas eu l’occasion de présenter d’autres observations écrites et orales. Notre Cour a rejeté cet argument, déclarant qu’elle avait déjà « explicitement rejeté une approche formaliste [dans l’arrêt *Mian*] qui consisterait à prescrire des normes de procédure rigoureuses, car une telle approche “ferait abstraction du fait que la question peut se présenter dans diverses situations selon les dossiers” » (*Suter*, par. 33, citant *Mian*, par. 55).

[259] La procédure suivie dans l’affaire *Suter* est très semblable à celle dans le cas qui nous occupe. Le tribunal a soulevé la question du comportement

Although the hearing was initially scheduled for a single day, it was extended to two full days so that both parties could make submissions. Initially, the parties were told they would be afforded the opportunity to provide written submissions, but by the end of the second day, they were told that their answers in oral argument had been sufficient.

[260] These procedural decisions by the Court of Appeal were well within the flexible guidance afforded to appellate panels by this Court in *Mian* and affirmed in *Suter*. Notably, counsel for Mr. Barton did not argue — either at the Court of Appeal or in this Court — that his submissions would have been materially different given more notice. Nor did he provide written submissions when invited by the Court of Appeal. We have no doubt that adequate procedural fairness was afforded to the parties here, who were given sufficient notice and an adequate opportunity to make submissions.

[261] For all these reasons, there should be a new trial on both murder and manslaughter.

[262] We would, accordingly, dismiss the appeal.

Appeal allowed in part, WAGNER C.J. and ABELLA and KARAKATSANIS JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Bottos Law Group, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Alberta Crown Prosecution Service, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

après le fait le premier jour de l'audition. Celle-ci devait initialement durer une seule journée, mais elle a été prolongée d'une autre journée afin que les deux parties puissent présenter des observations. Au départ, on avait informé les parties qu'elles auraient l'occasion de présenter des observations par écrit, mais à la fin de la deuxième journée, on leur a dit que leurs réponses orales étaient suffisantes.

[260] Ces décisions d'ordre procédural prises par la Cour d'appel correspondaient nettement à l'orientation souple donnée aux tribunaux d'appel par notre Cour dans l'arrêt *Mian* et confirmée dans l'arrêt *Suter*. Fait à noter, l'avocat de M. Barton n'a pas plaidé — ni devant la Cour d'appel ni devant notre Cour — que ses observations auraient été sensiblement différentes s'il avait été notifié plus tôt. Il n'a pas non plus présenté d'observations écrites lorsque la Cour d'appel l'a invité à le faire. Il n'y a aucun doute que les parties ont bénéficié d'une équité procédurale adéquate en l'espèce, qu'elles ont reçu un avis suffisant et qu'elles ont eu amplement l'occasion de présenter des observations.

[261] Pour tous les motifs qui précèdent, il devrait y avoir un nouveau procès pour meurtre et homicide involontaire coupable.

[262] En conséquence, nous rejeterions le pourvoi.

Pourvoi accueilli en partie, le juge en chef WAGNER et les juges ABELLA et KARAKATSANIS sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appellant : Bottos Law Group, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Alberta Crown Prosecution Service, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Director of Criminal and Penal Prosecutions: Director of Criminal and Penal Prosecutions, Québec.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Vancouver Rape Relief Society, La Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, the AWCEP Asian Women for Equality Society, the Aboriginal Women's Action Network, the Formerly Exploited Voices Now Educating and the Centre to End All Sexual Exploitation: University of British Columbia, Vancouver; Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Solicitor for the intervener the Assembly of First Nations: Assembly of First Nations, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Women of the Métis Nation / Les Femmes Michif Otipemisiwak: Jean Teillet Personal Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls: National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Independent Criminal Defence Advocacy Society: Sprake Song & Konye, Vancouver; MN Law, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Addario Law Group, Toronto.

Solicitors for the interveners the Institute for the Advancement of Aboriginal Women and the Women's Legal Education and Action Fund Inc.: Women's

Procureur de l'intervenant le directeur des poursuites criminelles et pénales : Directeur des poursuites criminelles et pénales, Québec.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs des intervenants Vancouver Rape Relief Society, La Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, AWCEP Asian Women for Equality Society, Aboriginal Women's Action Network, Formerly Exploited Voices Now Educating et Centre to End All Sexual Exploitation : University of British Columbia, Vancouver; Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Assemblée des Premières Nations : Assemblée des Premières Nations, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Ad Idem / Canadian Media Lawyers Association : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal; Reynolds Mirth Richards & Farmer, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante Women of the Métis Nation / Les Femmes Michif Otipemisiwak : Jean Teillet Personal Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intervenante Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées : Enquête nationale sur les femmes et les filles autochtones disparues et assassinées, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Independent Criminal Defence Advocacy Society : Sprake Song & Konye, Vancouver; MN Law, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Addario Law Group, Toronto.

Procureurs des intervenants Institute for the Advancement of Aboriginal Women et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes,

Legal Education and Action Fund, Toronto; University of Windsor, Windsor.

Solicitor for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: University of Toronto, Toronto.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Legal Services: Aboriginal Legal Services, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta): Aloneissi O'Neill Hurley O'Keefe Millsap, Edmonton.

inc. : Women's Legal Education and Action Fund, Toronto; University of Windsor, Windsor.

Procureur de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : University of Toronto, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Aboriginal Legal Services : Aboriginal Legal Services, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Trial Lawyers' Association (Alberta) : Aloneissi O'Neill Hurley O'Keefe Millsap, Edmonton.