

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Bryant Floyd Litchfield *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LITCHFIELD

File No.: 22896.

1993: June 7; 1993: November 18.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Practice — Collateral attack — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a), (4), 645(5), 676(1)(a), 686(4)(a), (b)(i), 693(1)(b).

Practice — Non-suit — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Bryant Floyd Litchfield *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LITCHFIELD

Nº du greffe: 22896.

b 1993: 7 juin; 1993: 18 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

Pratique — Attaque indirecte — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1)a), (2), (3)c), 590(3), 591(3)a), (4), 645(5), 676(1)a), 686(4)a), b)(i), 693(1)b).

Pratique — Non-lieu — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

Jurisdiction — Appellate courts — Pre-trial severance of counts of sexual assault — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Evidence — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Criminal law — Sexual assault — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Respondent, a family physician, was charged with 14 counts of sexual assault involving seven female patients who had attended at his office for medical treatment and

Compétence — Tribunaux d'appel — Séparation avant le procès des chefs d'accusation d'agression sexuelle — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

c Preuve — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

Droit criminel — Agressions sexuelles — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

j L'intimé, un médecin de famille, a fait l'objet de 14 chefs d'agression sexuelle impliquant sept patientes qui s'étaient présentées à son cabinet pour recevoir un traî-

diagnosis. Each had consented to being touched for valid medical reasons in intimate areas of her body.

Prior to trial, respondent applied for an order that each count be tried separately or alternatively that the counts be severed by complainant. The judge hearing the motion (not the trial judge) ordered that three different trials be held depending on the part of the complainant's body involved in the assault — genitalia, breasts or other matters. The counts therefore were not only severed but also divided such that separate trials were to be held for events that occurred within one visit to the respondent's office by the same complainant.

tement médical ou un diagnostic. Chacune des patientes avait consenti à ce qu'on lui touche les parties intimes à des fins médicales valables.

Avant le procès, l'intimé a sollicité une ordonnance enjoignant d'instruire séparément chacun des chefs d'accusation ou encore de séparer les chefs par plaignante. Le juge qui a entendu la requête (qui n'était pas le juge du procès) a ordonné la tenue de trois procès distincts selon la partie du corps de la plaignante qui était en cause dans l'agression, les deux premiers portant sur les allégations relatives aux organes génitaux et aux seins respectivement, et le troisième sur les autres questions. Par conséquent, les chefs ont été non seulement séparés mais encore divisés de sorte que des procès distincts devraient être tenus pour les événements survenus à l'égard de la même plaignante dans le cadre d'une seule et même consultation dans le cabinet de l'intimé.

Lors d'un procès devant un juge seul, le ministère public a d'abord procédé relativement aux chefs concernant les examens vaginaux. Le juge du procès a rejeté la requête du ministère public visant la tenue d'un voir-dire pour déterminer l'admissibilité de la preuve concernant les chefs séparés et a décidé que le ministère public pouvait présenter toute la preuve relative aux chefs séparés, sous réserve d'une décision ultérieure sur son admissibilité. Le ministère public a présenté tous les témoignages relatifs aux chefs séparés, le témoignage des plaignantes au cours du procès touchant les chefs dont la cour était saisie, ainsi que celui de deux experts en médecine. À la suite d'un voir-dire, le juge du procès a refusé d'admettre le témoignage de plusieurs autres femmes concernant des agressions de même nature de la part de l'intimé. Il a également refusé d'admettre le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé quant aux conseils qu'elle lui avait donnés après que des plaintes eurent été déposées contre lui au moment où il exerçait la médecine dans l'armée. Le juge du procès a décidé ensuite que tous les témoignages relatifs aux chefs séparés étaient inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents ou que, même s'ils étaient pertinents, ils étaient trop préjudiciables. À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, l'intimé a présenté avec succès une requête en non-lieu et a été acquitté. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public. Il s'agit en l'espèce de déterminer (1) si notre Cour avait compétence pour examiner une ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès, (2) si, dans l'affirmative, il y a lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès, (3) si y avait lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés par le juge du procès, et (4) si le non-lieu aurait dû être accordé.

In a trial by judge alone, the Crown first proceeded on those counts relating to vaginal examinations. The trial judge refused the Crown's motion to hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence relating to the severed counts and ruled that the Crown could proceed by calling all of the evidence relating to the severed counts, subject to a subsequent ruling on admissibility. The Crown called all of the evidence relating to the severed counts, as well as the evidence of the complainants in the trial going to the counts before the court and the evidence of two medical experts. The trial judge, on a *voir dire*, refused to admit the evidence of several other women of similar assaults by the respondent. He also refused to admit the testimony of the respondent's ranking medical officer as to counselling the respondent had received from her after complaints were lodged against him while he practised in the military. The trial judge subsequently ruled all the evidence relating to the severed counts inadmissible as irrelevant or, even if relevant, too prejudicial. The respondent successfully brought a motion for a non-suit at the close of the Crown's case and was acquitted. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. At issue here were: (1) whether this Court had jurisdiction to review a pre-trial severance order, and (2) if so, whether the pre-trial severance order should be set aside; (3) whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted; and (4) whether a non-suit should have been granted.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Sexual assault is a crime of general intent. The Crown need not prove a specific intent with respect to the sexual nature of the assault because it forms part of the *actus reus*. The test is therefore an objective one. All the circumstances surrounding the conduct in question will be relevant to the question of whether the touching was of a sexual nature and violated the complainant's sexual integrity. Courts in individual cases should not create unnecessary barriers to considering all the circumstances surrounding conduct alleged to constitute a sexual assault, particularly where the complainant has consented to some touching but not to touching of a sexual nature. The nature of a complainant's relationship to her alleged assaulter, including the patient's lack of power and knowledge and the doctor's duty to perform medical examinations only for the patient's good, must all figure in a determination of whether the patient in fact consented to the conduct in question.

At first blush, the pre-trial severance order could not be appealed as part of the respondent's acquittal without violating the rule against collateral attack: a court order, made by a court having jurisdiction to make it, may not be attacked in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or the judgment. Given a strict application of the rule, the trial judge would not have had the power to review the division and severance order because the specific object of the proceedings was not its reversal, variation or nullification. Consequently, there would have been no error of law committed with respect to proceeding on the division and severance order at the trial upon which an appeal of the verdict reached during the trial could be founded. The result would be that neither the Court of Appeal nor this Court would have jurisdiction to review, much less to set aside, the division and severance order.

The rule against collateral attack should not be strictly applied here. The rule was not intended to immunize court orders from review but to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. The principles based on certainty and on the need for the orderly and functional administration of

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'agression sexuelle est un crime qui requiert une intention générale. Le ministère public n'a pas à prouver l'existence d'une intention spécifique relativement à la nature sexuelle de l'agression parce qu'elle fait partie de l'*actus reus*. Le critère applicable est donc objectif. Toutes les circonstances entourant la conduite en question seront pertinentes pour déterminer si l'attouchement était de nature sexuelle et s'il a porté atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante. Dans chaque cas, le tribunal ne devrait pas créer d'obstacle inutile à la prise en compte de toutes les circonstances entourant la conduite qui, allègue-t-on, constitue une agression sexuelle, particulièrement lorsque la plaignante a consenti à un certain attouchement, mais non à un attouchement de nature sexuelle. La nature de la relation qui existait entre la plaignante et son présumé agresseur, y compris l'absence de position de force chez la patiente et son manque de connaissances, ainsi que l'obligation du médecin de ne faire des examens médicaux que pour le bien de la patiente sont tous des éléments dont il faut tenir compte pour déterminer si la patiente a effectivement consenti à la conduite en cause.*

À première vue, l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès ne pouvait faire l'objet d'un appel en tant que partie de l'acquittement de l'intimé sans violer la règle interdisant les attaques indirectes: une ordonnance rendue par une cour compétente ne peut faire l'objet d'une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmerie, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement. Si on applique strictement la règle, le juge du procès n'aurait pas été habilité à examiner l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation parce que les procédures n'avaient pas précisément pour objet d'en obtenir l'infirmerie, la modification ou l'annulation. Par conséquent, si l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation avait été rendue au procès, on n'aurait pas commis d'erreur de droit susceptible de justifier un appel contre le verdict prononcé à l'issue de ce procès. Il en résulte que ni la Cour d'appel ni notre Cour n'auraient compétence pour examiner, et encore moins pour annuler, l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation.

Il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer strictement la règle interdisant les attaques indirectes. La règle a été conçue non pas pour soustraire à tout contrôle une ordonnance judiciaire mais pour maintenir la primauté du droit et préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. Les principes fondés sur la certi-

justice which lie behind the rule against collateral attack are not applicable in the case of a pre-trial division and severance order. Such an order does not govern the conduct of the parties but rather regulates the judicial process itself. Allowing a collateral attack at trial on such an order would not jeopardize the rule of law or damage the repute of the administration of justice. Indeed the order would have been subject to review by appellate courts along with the verdict if it had been made by a trial judge. Procedure cannot govern substance — an order so erroneous that it results in a fundamentally flawed trial process cannot be allowed to stand.

The pre-trial division and severance order could be reviewed by the trial judge and set aside if in error. The trial judge's failure to refuse to follow the pre-trial division and severance order, if erroneous, would constitute an error of law reviewable on appeal to this Court.

An indictment is preferred only when it is lodged with the trial judge. An accused need not wait until the actual trial date to bring an application to divide or sever counts. The indictment can be preferred once the trial judge has been assigned and a severance application can be brought after the indictment has been preferred but before the court has been constituted to begin hearing evidence. As a matter of practice and policy, the trial judge should hear applications to divide and sever counts. Such orders are not immunized from review and needless duplication is avoided.

The division or severance of a count requires the exercise of a great deal of discretion given the breadth of the criteria governing division and severance — the court must be satisfied that the ends of justice require the order. An appellate court should not interfere with the exercise of this discretion unless it is shown that the issuing judge acted unjudicially or that the ruling resulted in an injustice. The order at issue here worked an injustice towards the Crown, the complainants and the administration of justice in that it placed an artificial barrier to the trial judge's ability to consider the respondent's conduct in all the circumstances. The order had to

tude et sur le besoin d'une administration ordonnée et pratique de la justice qui sous-tendent la règle interdisant les attaques indirectes ne sont pas applicables à une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès. Une ordonnance de cette nature régit non pas la conduite des parties, mais plutôt le processus judiciaire lui-même. Permettre, au cours du procès, une attaque indirecte contre une telle ordonnance ne compromettrait pas la primauté du droit ou ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. En réalité, si l'ordonnance avait été rendue par le juge du procès, elle aurait fait l'objet d'un examen par les tribunaux d'appel en même temps que le verdict. La procédure ne peut l'emporter sur le fond — on ne saurait permettre le maintien d'une ordonnance erronée au point d'entacher le procès d'un vice fondamental.

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès pouvait faire l'objet d'un examen par le juge du procès et être annulée si elle était erronée. L'omission erronée du juge du procès de refuser de suivre ladite ordonnance constituerait une erreur de droit pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour.

L'acte d'accusation est présenté seulement quand il est produit devant le juge du procès. Un accusé n'a pas à attendre à la date du procès pour présenter une requête en division ou séparation des chefs d'accusation. L'acte d'accusation peut être présenté une fois que le juge du procès s'est vu confier l'affaire, et une requête en séparation des chefs d'accusation peut être soumise après que l'acte d'accusation a été présenté mais avant que le tribunal ne soit constitué pour commencer à entendre les témoignages. En pratique et en principe, le juge du procès devrait entendre les requêtes en division et en séparation des chefs d'accusation. Ces ordonnances n'échappent pas à tout contrôle et le dédoublement inutile est évité.

Pour rendre une ordonnance de division ou de séparation des chefs d'accusation, il faut exercer un large pouvoir discrétionnaire étant donné la portée des critères qui régissent la division ou la séparation des chefs d'accusation — le tribunal doit être convaincu que les fins de la justice exigent l'ordonnance en question. Une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, à moins qu'il ne soit démontré que le juge qui a rendu l'ordonnance n'a pas agi judiciairement ou que sa décision a causé une injustice. L'ordonnance visée en l'espèce a causé une injustice au ministère public, aux plaignantes et à l'administration de la justice, du fait qu'elle a entravé artificiellement la capacité du juge du procès d'examiner la conduite de l'in-

be set aside given its jurisdictional and substantive flaws and given the trial judge's errors in applying it.

All the evidence by the complainants going to the severed counts should have been admitted with respect to all the counts before the trial judge. It was relevant to several important issues and its prejudicial effect would not outweigh its probative value. The evidence of other touching, while it might be characterized as similar acts, was not tendered solely to show that the respondent was a person of bad character or of a disposition likely to commit the offences, but rather to provide information highly relevant to understanding the context in which the offences occurred. This evidence was admissible. The trial judge did not weigh the probative value of the evidence or specify its prejudicial effects.

The evidence of the respondent's superior officer from his time of military practice was relevant to the nature and quality of the acts which respondent performed on the complainants and specifically to whether he was carrying out proper medical procedures. The hearsay rule was wrongly applied here to exclude the evidence. This evidence was not hearsay.

The admissibility of other evidence excluded by the trial judge should be left to the discretion of the trial judge in the new trial.

The motion for non-suit should not have been granted because there was admissible evidence which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify conviction. Here, the trial judge made the determination on the application for a non-suit in his capacity as trial judge and not as trier of fact because he made no determinations of weight and credibility prior to reaching his decision. Other errors made over the course of the trial judge's ruling also made it impossible for the order to stand. Even with the trial judge's rulings on the admissibility of evidence, there was some evidence, both direct and circumstantial, which, if believed by a properly instructed jury acting reasonably, could have resulted in convictions. Under a correct approach

timé à la lumière de toutes les circonstances qui l'ont entourée. L'ordonnance devait être annulée en raison des vices de compétence et de fond qu'elle comportait, ainsi que des erreurs que le juge du procès a commises en l'appliquant.

Tous les témoignages des plaignantes relatifs aux chefs séparés auraient dû être admis à l'égard de tous les chefs soumis au juge du procès. Ils étaient pertinents en ce qui concernait plusieurs questions importantes et leur effet préjudiciable ne l'emporterait pas sur leur valeur probante. Même s'ils pourraient être qualifiés de preuve d'actes similaires, les témoignages relatifs à d'autres attouchements ont été produits non pas seulement pour démontrer que l'intimé était une personne de mauvaise moralité ou qu'il était prédisposé à commettre les infractions alléguées, mais plutôt pour fournir des renseignements très pertinents pour saisir le contexte dans lequel les infractions ont été perpétrées. Cette preuve était admissible. Le juge du procès n'a pas déterminé la valeur probante des témoignages ni précisé leur effet préjudiciable.

Le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé pendant qu'il exerçait la médecine dans l'armée était pertinent quant à la nature et à la qualité des actes que l'intimé a accomplis sur les plaignantes et, plus précisément, quant à la question de savoir si ses actes médicaux étaient appropriés. La règle du oui-dire a été appliquée de façon erronée en l'espèce pour exclure le témoignage. Ce témoignage n'était pas du oui-dire.

Il y a lieu de laisser à la discrétion du juge qui présidera le nouveau procès le soin de déterminer l'admissibilité d'autres éléments de preuve écartés par le juge du procès.

La requête en non-lieu n'aurait pas dû être accordée parce qu'il y avait des éléments de preuve admissibles qui, s'ils étaient acceptés par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifieraient une déclaration de culpabilité. En l'espèce, le juge du procès a statué sur la requête en non-lieu en sa qualité de juge du procès, et non de juge des faits, car il ne s'est pas prononcé sur le poids de la preuve ni sur la crédibilité des témoins avant de rendre sa décision. L'ordonnance ne peut être maintenue en raison d'autres erreurs que le juge du procès a commises en statuant sur la requête. Même avec les décisions du juge du procès sur l'admissibilité de la preuve, il y avait des éléments de preuve, à la fois directs et circonstanciels, qui, s'ils avaient été acceptés par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière

to the admissibility of the evidence, there would have been all the more evidence to satisfy the standard.

Per McLachlin J.: In Alberta, it appears to be standard practice to arraign an accused before the trial for the purposes of taking pleas and pre-trial orders. This procedure allows severance motions to be heard prior to trial without seizing the chambers judge of the matter. The indictment is preferred and trial proceedings begin upon arraignment even though that may be months before a judge and jury are empanelled. The suggestion in *R. v. Chabot* that the indictment is not preferred until it is presented in the presence of the accused before a trial court constituted to dispose of the case, does not apply to pre-trial arraignments in Alberta. The rule against collateral attack would present no difficulty in cases like this one because the severance order is part of the trial proceedings. As such, it was appealable. In the alternative, if the order were taken to have preceded the preferment of the indictment and not to be part of the trial, there should be an exception to the rule against collateral attack where the Alberta procedure has been followed.

raisonnable, auraient entraîné des déclarations de culpabilité. Si la question de l'admissibilité de la preuve avait été abordée correctement, il y aurait eu d'autant plus d'éléments de preuve pour satisfaire à la norme.

a Le juge McLachlin: En Alberta, il paraît qu'il est normal que l'accusé soit interpellé avant le procès aux fins d'enregistrer un plaidoyer et de rendre les ordonnances préalables au procès. Cette procédure permet d'entendre des requêtes en séparation des chefs d'accusation avant le procès sans que le juge en chambre ne soit saisi de l'affaire. L'acte d'accusation est présenté et le procès commence au moment de l'interpellation, même si celle-ci peut être faite des mois avant qu'un juge soit désigné et un jury constitué. La proposition, dans l'arrêt *R. c. Chabot*, selon laquelle l'acte d'accusation n'est pas présenté tant que cela n'est pas fait en présence de l'accusé devant un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation, ne s'applique pas aux interpellations préalables au procès en Alberta. La règle interdisant les attaques indirectes ne poserait aucun problème dans des cas comme celui-ci, puisque l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation fait partie du procès. À ce titre, elle pouvait faire l'objet d'un appel. Subsidiairement, si on considérait que l'ordonnance a précédé la présentation de l'acte d'accusation et ne faisait pas partie du procès, il devrait y avoir une exception à la règle interdisant les attaques indirectes lorsque la procédure albertaine a été suivie.

f Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129; *R. v. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595; *R. v. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845; *R. v. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259; *R. v. Auld* (1957), 26 C.R. 266; *R. v. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Deyong v. Weeks* (1983), 43 A.R. 342.

Arrêts examinés: *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; **arrêts mentionnés:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *B.C. (A.G.) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129; *R. c. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595; *R. c. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845; *R. c. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259; *R. c. Auld* (1957), 26 C.R. 266; *R. c. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387; *R. c. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Deyong c. Weeks* (1983), 43 A.R. 342.

By McLachlin J.

Considered: *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *R. v. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6; **referred to:** *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a) [am. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 119], (4) [am. *idem*], 645(5) [am. *ibid.*, s. 133], 676(1)(a) [am. *ibid.*, s. 139], 686(4)(a), (b)(i), 693(1) [am. *ibid.*, s. 146], (b) [am. R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 12].

Authors Cited

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Release No. 10. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 120 A.R. 391, dismissing an appeal from acquittal by Hope J. at trial following pre-trial severance of indictment by McDonald J. in chambers. Appeal allowed.

Goran Tomljanovic, for the appellant.

Robert B. White, Q.C., and D. Stam, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — There are several issues in this appeal. First, does this Court have jurisdiction to review a pre-trial order dividing and severing counts in an indictment? Second, if so, should the order in this case be set aside? The third issue in this appeal concerns the admissibility of the testi-

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985;

R. c. Brackenbury and Pratt (1981), 61 C.C.C. (2d) 6; **arrêts mentionnés:** *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a) [mod. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 119], (4) [mod. *idem*], 645(5) [mod. *ibid.*, art. 133], 676(1)(a), 686(4)(a), b)(i), 693(1) [mod. *ibid.*, art. 146], b) [mod. L.R.C. (1985), ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].

Doctrine citée

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Release No. 10. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 120 A.R. 391, qui a rejeté un appel interjeté contre un acquittement prononcé au procès par le juge Hope à la suite d'une ordonnance de séparation de l'acte d'accusation rendue avant le procès par le juge McDonald en chambre. Pourvoi accueilli.

Goran Tomljanovic, pour l'appelante.

Robert B. White, c.r., et D. Stam, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Plusieurs questions se posent dans le présent pourvoi. Premièrement, notre Cour est-elle compétente pour examiner une ordonnance de division et de séparation des chefs d'un acte d'accusation rendue avant le procès? Deuxièmement, dans l'affirmative, y a-t-il lieu

mony of various witnesses. Finally, did the trial judge err in granting the respondent's motion for a non-suit and entering acquittals?

d'annuler l'ordonnance rendue en l'espèce? La troisième question en litige dans le présent pourvoi concerne l'admissibilité du témoignage de diverses personnes. Enfin, le juge du procès a-t-il commis une erreur en faisant droit à la requête en non-lieu de l'intimé et en inscrivant des acquittements?

I. Facts

The respondent was a family physician practising in Edmonton. The respondent was charged with 14 counts of sexual assault involving seven complainants who were his patients at all relevant times. The assaults were alleged to have occurred while the complainants attended at the respondent's office for medical treatment and diagnosis. Each of the complainants consented to being touched in intimate areas of her body but that consent was predicated upon the touching being carried out for valid medical purposes.

I. Les faits

Prior to trial, the respondent applied for an order that each of the counts alleged against him be tried separately. He requested in the alternative that the counts be severed by complainant. McDonald J., who was not the trial judge, heard the application. He did not order a separate trial for each count, but instead ordered that three different trials be held depending on the part of the complainant's body that was involved in the assault. McDonald J. ordered one trial for allegations involving the complainants' genitalia, a second trial for allegations concerning the complainants' breasts, and a third trial for any other matters. This resulted in an order that not only severed but also divided counts, such that separate trials were to be held for events that occurred within one visit to the respondent's office by the same complainant.

L'intimé était un médecin de famille qui exerçait sa profession à Edmonton. Il a fait l'objet de 14 chefs d'agression sexuelle impliquant sept plaignantes qui étaient ses patientes aux époques pertinentes. Il était allégué que les agressions sexuelles avaient été commises pendant que les plaignantes se trouvaient dans le cabinet de l'intimé pour recevoir un traitement médical ou un diagnostic. Chacune des plaignantes a consenti à ce que l'intimé lui touche les parties intimes, mais ce consentement était assujetti à la condition que l'attouchement soit fait à des fins médicales valables.

The respondent elected to be tried by judge alone. The Crown proceeded to trial first on those counts relating to vaginal examinations (nine counts in total), and sought to have the admissibility of the evidence relating to the severed counts

Avant le procès, l'intimé a sollicité une ordonnance enjoignant d'instruire séparément chacun des chefs d'accusation portés contre lui. Il a demandé subsidiairement la séparation des chefs par plaignante. Le juge McDonald, qui n'était pas le juge du procès, a entendu la requête. Il a ordonné non pas la tenue d'un procès distinct pour chaque chef, mais plutôt la tenue de trois procès distincts selon la partie du corps de la plaignante qui était en cause dans l'agression. Le juge McDonald a ordonné que trois procès soient tenus: les deux premiers portant sur les allégations relatives aux organes génitaux et aux seins respectivement, et le troisième sur toutes les autres questions. Il en est résulté une ordonnance non seulement de séparation mais encore de division des chefs d'accusation, de sorte que des procès distincts devraient être tenus pour les événements survenus à l'égard de la même plaignante dans le cadre d'une seule et même consultation dans le cabinet de l'intimé.

L'intimé a choisi d'être jugé par un juge seul. Le ministère public a commencé par le procès sur les chefs relatifs aux examens vaginaux (neuf chefs en tout) et a demandé qu'un voir-dire soit tenu au début du procès afin de déterminer l'admissibilité

determined at a *voir dire* at the outset of the trial. Hope J., the trial judge, refused to hold a *voir dire* and ruled that the Crown could proceed by calling all of the evidence relating to the severed counts, subject to a subsequent ruling on admissibility. The Crown called all of the evidence relating to the severed counts, as well as the evidence of the complainants in the trial going to the counts before the court and the evidence of two medical experts. After a *voir dire* during the trial, the trial judge admitted the evidence of the police officer who testified to the respondent's statement to the police. After another *voir dire*, the trial judge refused to admit the evidence of several other women who stated on the *voir dire* that they had experienced similar assaults by the respondent. He also refused to admit the testimony of the respondent's ranking medical officer as to counselling the respondent had received from her after complaints were lodged against the respondent while he practised in the military. The trial judge subsequently ruled all the evidence relating to the severed counts inadmissible as irrelevant or, even if relevant, too prejudicial.

de la preuve concernant les chefs séparés. Le juge Hope, qui était le juge du procès, a refusé de tenir un voir-dire et a décidé que le ministère public pouvait présenter toute la preuve relative aux chefs séparés, sous réserve d'une décision ultérieure sur son admissibilité. Le ministère public a présenté tous les témoignages relatifs aux chefs séparés, le témoignage des plaignantes au cours du procès touchant les chefs dont la cour était saisie, ainsi que celui de deux experts en médecine. Après avoir tenu un voir-dire durant le procès, le juge du procès a admis le témoignage qu'un policier a donné au sujet de la déclaration de l'intimé à la police. À la suite d'un autre voir-dire, le juge du procès a refusé d'admettre le témoignage de plusieurs autres femmes qui ont déclaré, lors du voir-dire, avoir été victimes d'agressions de même nature de la part de l'intimé. Il a également refusé d'admettre le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé quant aux conseils qu'elle lui avait donnés après que des plaintes eurent été déposées contre lui au moment où il exerçait la médecine dans l'armée. Le juge du procès a décidé ensuite que tous les témoignages relatifs aux chefs séparés étaient inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents ou que, même s'ils étaient pertinents, ils étaient trop préjudiciables.

At the close of the Crown's case, the respondent brought a motion for a non-suit. The trial judge granted the application and the respondent was acquitted. The Crown's appeal was dismissed by the Court of Appeal (1992), 120 A.R. 391, and this Court granted leave to appeal.

II. Relevant Legislation

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended:

265. (1) A person commits an assault when

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

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault

À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, l'intimé a présenté une requête en non-lieu. Le juge du procès a fait droit à la requête et l'intimé a été acquitté. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public (1992), 120 A.R. 391, et notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 et ses modifications:

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

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

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles . . .

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

a (c) fraud . . .

590. . . .

(3) The court may, where it is satisfied that the ends of justice require it, order that a count be amended or divided into two or more counts, and thereupon a formal commencement may be inserted before each of the counts into which it is divided.

591. . . .

(3) The court may, where it is satisfied that the interests of justice so require, order

d (a) that the accused or defendant be tried separately on one or more of the counts; . . .

(4) An order under subsection (3) may be made before or during the trial . . .

645. . . .

(5) In any case to be tried with a jury, the judge before whom an accused is or is to be tried has jurisdiction, before any juror on a panel of jurors is called pursuant to subsection 631(3) and in the absence of any such juror, to deal with any matter that would ordinarily or necessarily be dealt with in the absence of the jury after it has been sworn.

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

g (a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

h (a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

i (i) order a new trial. . .

693. (1) Where a judgment of a court of appeal . . . dismisses an appeal taken pursuant to para-

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

c c) . . . de la fraude;

590. . . .

(3) Lorsqu'il est convaincu que les fins de la justice l'exigent, le tribunal peut ordonner qu'un chef d'accusation soit modifié ou divisé en deux ou plusieurs chefs et, dès lors, un préambule formel peut être inséré avant chacun des chefs en lesquels il est divisé.

591. . . .

(3) Lorsqu'il est convaincu que les intérêts de la justice l'exigent, le tribunal peut ordonner:

d a) que l'accusé ou le défendeur subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d'accusation;

(4) Une ordonnance visée au paragraphe (3) peut être rendue avant ou pendant le procès. . .

645. . . .

(5) Dans le cas d'un procès par jury, le juge peut, avant que les candidats-jurés ne soient appelés en vertu du paragraphe 631(3) et en l'absence de ceux-ci, décider des questions qui normalement ou nécessairement feraient l'objet d'une décision en l'absence du jury, une fois celui-ci constitué.

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

g a) contre un jugement ou verdict d'acquittement d'un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittement, la cour d'appel peut:

i a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

j (i) ordonner un nouveau procès;

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel [. . .] rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa

graph 676(1)(a), . . . the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

676(1)a), [. . .] le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

III. Issues

1. Does this Court have jurisdiction to review a pre-trial severance order?

b

2. If so, should the pre-trial severance order be set aside?

c

3. Should any of the evidence excluded by the trial judge have been admitted?

4. Did the trial judge err in granting a non-suit?

d

IV. Analysis

Before directly discussing the issues raised in this appeal, I think it is important to keep in mind the nature of the offence of sexual assault as well as the specific manifestation of the alleged sexual assaults in a doctor-patient relationship.

e f

The sexual aspect of a sexual assault forms part of the *actus reus*; there is no requirement that a person accused of sexual assault have any *mens rea* with respect to the sexual nature of a sexual assault. This was the holding of this Court in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, which decided that sexual assault is a crime of general intent and that the Crown did not have to prove a specific intent with respect to the sexual nature of the assault. As McIntyre J. wrote for the Court at p. 302:

g h

The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual . . . It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary j

L'aspect sexuel d'une agression sexuelle fait partie de l'*actus reus*; il n'est pas nécessaire qu'il y ait *mens rea* chez la personne accusée d'agression sexuelle relativement à la nature sexuelle de l'infraction. C'est ce qui a été décidé dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, où notre Cour a conclu que l'agression sexuelle est un crime qui requiert une intention générale et que le ministère public n'avait pas à prouver l'existence d'une intention spécifique relativement à la nature sexuelle de l'agression. Comme le juge McIntyre l'affirme, au nom de la Cour, à la p. 302:

i j

L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. [. . .] Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances.

The test to be applied in determining whether an accused's conduct had the requisite nature to constitute a sexual assault is therefore an objective one. As this Court indicated in *Chase*, all the circumstances surrounding the conduct in question will be relevant to the question of whether the touching was of a sexual nature and violated the complainant's sexual integrity. It is therefore important in individual cases that courts not create unnecessary barriers to considering all the circumstances surrounding conduct which is alleged to constitute a sexual assault. This is particularly true where the complainant has consented to some touching but not to touching of a sexual nature: in such a case, the court must have at its disposal as much relevant information as possible in order to determine whether the conduct was of a nature to which the complainant did not consent.

Le critère qu'il faut appliquer pour déterminer si la conduite d'un accusé était de la nature requise pour constituer une agression sexuelle est donc un critère objectif. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Chase*, toutes les circonstances entourant la conduite en question seront pertinentes pour déterminer si l'attouchement était de nature sexuelle et s'il a porté atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante. Il est donc important dans chaque cas que le tribunal ne crée pas d'obstacle inutile à la prise en compte de toutes les circonstances entourant la conduite qui, allègue-t-on, constitue une agression sexuelle. Cela est particulièrement vrai lorsque la plaignante a consenti à un certain attouchement, mais non à un attouchement de nature sexuelle: en pareil cas, le tribunal doit disposer du plus grand nombre possible de renseignements pertinents pour pouvoir déterminer si la conduite était de la nature de celle à laquelle la plaignante n'avait pas consenti.

The importance of looking to all the circumstances surrounding an accused's impugned conduct is thrown into relief by a case such as that under consideration in this appeal, where a doctor-patient relationship is concerned. Certainly, medical evidence will be important to assessing the nature of an accused physician's conduct. However, when determining whether a complainant in fact consented to that which occurred, courts must also ensure that they neither ignore the testimony of a patient who complains of sexual assault nor underestimate the position of vulnerability in which a patient often finds herself when she is in the care of a professional medical doctor. All of the opinions in the judgment of this Court in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, recognized the imbalance of power that may occur between a doctor and a patient where an alleged sexual assault is concerned.

Une affaire comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, où il est question d'une relation médecin-patient, fait ressortir l'importance de prendre en considération toutes les circonstances de la conduite reprochée à un accusé. Il est certain que la preuve médicale sera importante pour apprécier la nature de la conduite du médecin accusé. Toutefois, pour déterminer si une plaignante a effectivement consenti à ce qui s'est produit, le tribunal doit également s'assurer de ne pas écarter le témoignage d'une patiente qui se plaint d'une agression sexuelle et de ne pas sous-estimer la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve souvent la patiente qui se fait traiter par un médecin. Toutes les opinions rédigées dans l'arrêt de notre Cour *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, reconnaissent l'inégalité du rapport de force qui peut exister entre un médecin et sa patiente dans le cas d'une allégation d'agression sexuelle.

La Forest J. (Gonthier and Cory JJ. concurring) stated at p. 258: "An unequal distribution of power is frequently a part of the doctor-patient relationship". McLachlin J., who also wrote for L'Heureux-Dubé J., focused on the fiduciary

Le juge La Forest (aux motifs duquel ont souscrit les juges Gonthier et Cory) affirme, à la p. 258: «L'inégalité du rapport de force caractérise fréquemment la relation médecin-patient». Le juge McLachlin, qui s'est exprimée également au nom

nature of the doctor-patient relationship and wrote at p. 272:

I think it is readily apparent that the doctor-patient relationship shares the peculiar hallmark of the fiduciary relationship — trust, the trust of a person with inferior power that another person who has assumed superior power and responsibility will exercise that power for his or her good and only for his or her good and in his or her best interests.

Thus the nature of a complainant's relationship to her alleged assaulter, including the patient's lack of power and knowledge as well as the doctor's duty to perform medical examinations only for the good of the patient and in the patient's best interest, must be kept in mind when determining whether the patient in fact consented to the conduct in question. As Sopinka J. wrote in *Norberg* at p. 304 in the context of tortious sexual battery:

In assessing the reality of consent and the existence and impact of any of the factors that tend to negate true consent, it is important to take a contextually sensitive approach. In relation to medical procedures, several courts have emphasized the need to consider all relevant surrounding circumstances in assessing whether there was valid consent . . .

Certain relationships, especially those in which there is a significant imbalance in power or those involving a high degree of trust and confidence may require the trier of fact to be particularly careful in assessing the reality of consent.

With these considerations in mind, I now turn to the issues in this case.

1. *Does this Court have jurisdiction to review a pre-trial division and severance order?*

As an introductory matter, McDonald J. should have noted that he was not only severing the existing counts in the indictment but was also

du juge L'Heureux-Dubé, s'est concentrée sur la nature fiduciaire de la relation médecin-patient, écrivant à la p. 272:

a Il me semble évident que la relation médecin-patient comporte la caractéristique propre au lien fiduciaire, soit la confiance, la confiance d'une personne, ayant des pouvoirs restreints, qu'une autre personne, investie de pouvoirs et de responsabilités plus grands, exercera ce pouvoir pour son bien et uniquement pour son bien et agira au mieux de ses intérêts.

Donc, quand il s'agit de déterminer si la patiente a effectivement consenti à la conduite en cause, il faut tenir compte de la nature de la relation qui existait entre la plaignante et son présumé agresseur, y compris l'absence de position de force chez la patiente et son manque de connaissances, ainsi que de l'obligation du médecin de ne faire des examens médicaux que pour le bien de la patiente et dans l'intérêt de celle-ci. Comme l'affirme le juge Sopinka, à la p. 304 de l'arrêt *Norberg*, dans le contexte du délit de voies de fait de nature sexuelle:

e Pour évaluer le caractère réel du consentement ainsi que l'existence et l'effet des facteurs qui tendent à vicier le consentement véritable, il est important d'adopter une approche qui tienne compte du contexte. En ce qui a trait aux procédures médicales, plusieurs tribunaux ont souligné qu'il était nécessaire d'examiner toutes les circonstances les entourant pour évaluer la validité du consentement . . .

g Certaines relations, particulièrement celles dans lesquelles il existe une inégalité importante du rapport de force ou celles qui comportent un haut degré de confiance, peuvent obliger le juge des faits à prendre un soin particulier pour évaluer le caractère réel du consentement.

h Tout en gardant à l'esprit ces considérations, je passe maintenant à l'examen des questions en litige dans la présente affaire.

i 1. *Notre Cour est-elle compétente pour examiner une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès?*

j À titre préliminaire, le juge McDonald aurait dû constater qu'il se trouvait non seulement à séparer les chefs d'accusation existants mais encore à les

dividing the counts. The indictment against the respondent contained 14 counts, each of which related to one entire visit by the relevant complainant to the respondent's office. For example, count 13 alleged that the respondent committed a sexual assault on one complainant on July 28, 1989. The complainant's testimony about that visit referred to both a breast examination and a vaginal examination. McDonald J. ordered that count 13 should be tried in one trial as far as the breast examination was concerned, and that count 13 should be tried in another trial as far as the internal examination was concerned. In proceeding as he did, McDonald J. divided some of the counts and then severed the divided counts. However, he made no reference in his ruling to dividing the counts, which a court is enabled to do under s. 590(3) of the *Code*, and the indictment was never amended to reflect the division. As I mentioned above, the respondent did not request this particular order, but rather brought an application seeking separate trials for each count or, alternatively, for each complainant.

When it appealed the respondent's acquittals, the Crown sought to have the division and severance order set aside. The respondent submitted before this Court that the division and severance order was the result of an interlocutory motion from which no appeal lies. Appeals in the criminal context are entirely statutory and the *Code* contains no provision for immediate appeal from an interlocutory order. See, e.g., *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959, where McIntyre J. stated for the majority:

It has long been a settled principle that all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters . . . It will be observed that interlocutory appeals are not authorized in the *Code*.

It is not disputed that the Crown could not have appealed the division and severance order prior to the trial. However, the question in this appeal is whether the Crown can appeal the division and

diviser. L'acte d'accusation dont l'intimé a fait l'objet contenait 14 chefs, dont chacun avait trait à une seule consultation par la plaignante concernée dans le cabinet de l'intimé. Par exemple, il était allégué, dans le treizième chef, que l'intimé avait commis une agression sexuelle sur une plaignante le 28 juillet 1989. Dans son témoignage relatif à cette consultation, la plaignante a parlé d'un examen des seins et du vagin. Le juge McDonald a ordonné que le treizième chef d'accusation fasse l'objet d'un procès quant à l'examen des seins et d'un autre procès quant à l'examen interne. En procédant ainsi, le juge McDonald a divisé certains chefs, puis séparé les chefs divisés. Toutefois, il n'a pas parlé de diviser les chefs d'accusation dans sa décision, comme un tribunal peut le faire en vertu du par. 590(3) du *Code*, et l'acte d'accusation n'a jamais été modifié de manière à refléter cette division. Comme je l'ai déjà dit, l'intimé n'a pas sollicité cette ordonnance particulière, mais il a plutôt déposé une requête visant à obtenir des procès distincts pour chaque chef ou encore pour chaque plaignante.

Quand il en a appelé des acquittements de l'intimé, le ministère public a demandé l'annulation de l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation. L'intimé a affirmé devant notre Cour que cette ordonnance résultait d'une requête interlocutoire non susceptible d'appel. En matière criminelle, les seuls appels permis sont prévus par la loi et le *Code* ne contient aucune disposition permettant d'en appeler immédiatement d'une ordonnance interlocutoire. Voir, par exemple, l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 959, où le juge McIntyre affirme au nom de la Cour à la majorité:

Selon un principe bien établi, les seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles. [. .] Soulignons que [le *Code criminel*] ne prévoit pas d'appels interlocutoires.

Nul ne conteste que le ministère public n'aurait pas pu en appeler de l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation avant le procès. Toutefois, il s'agit, en l'espèce, de déterminer s'il

severance order as part of its appeal of the respondent's acquittal.

The answer to this question is not straightforward. The division and severance order in this case was not made by the trial judge. It was made by a superior court judge on a motion brought prior to the trial. At first blush, the order cannot be appealed as part of the respondent's acquittal without violating the rule against collateral attack. This rule holds that "a court order, made by a court having jurisdiction to make it," may not be attacked "in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment" (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, *per* McIntyre J., at p. 599). The lack of jurisdiction which would oust the rule against collateral attack would be a lack of capacity in the court to make the type of order in question, such as a provincial court without the power to issue injunctions. However, where a judge, sitting as a member of a court having the capacity to make the relevant type of order, erroneously exercises that jurisdiction, the rule against collateral attack applies. See, e.g., *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129 (S.C.), at p. 141, and *R. v. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485 (Sask. C.A.), at pp. 498-99, *per* Bayda C.J.S. Such an order is binding and conclusive until set aside on appeal.

The rule against collateral attack has been reaffirmed by this Court on numerous occasions, such as in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, *per* McLachlin J. at p. 973, citing R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983).

The respondent's trial would not have been a proceeding in which the specific object was the reversal, variation or nullification of the division

peut en appeler de cette ordonnance dans le cadre de l'appel qu'il a interjeté contre l'acquittement de l'intimé.

^a La réponse à cette question n'est pas simple. En l'espèce, l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation n'a pas été rendue par le juge du procès. Elle l'a été par un juge de cour supérieure à la suite d'une requête antérieure au procès. À première vue, il ne peut être interjeté appel de l'ordonnance en tant que partie de l'acquittement de l'intimé sans violer la règle interdisant les attaques indirectes. D'après cette règle, «une ordonnance rendue par une cour compétente» ne peut faire l'objet d'une attaque «dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmation, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement» (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, le juge McIntyre, à la p. 599). L'absence de compétence qui permettrait de passer outre à la règle interdisant les attaques indirectes serait l'absence de capacité du tribunal de rendre le type d'ordonnance en cause, comme ce serait le cas, par exemple, d'une cour provinciale qui n'est pas habilitée à décerner des injonctions. Toutefois, la règle interdisant les attaques indirectes s'applique si un juge, qui siège en qualité de membre d'un tribunal habilité à rendre le type pertinent d'ordonnance, exerce cette compétence de manière erronée. Voir notamment les affaires *B.C. (A.G.) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129 (C.S.), à la p. 141, et *R. c. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485 (C.A. Sask.), le juge en chef Bayda, aux pp. 498 et 499. Une telle ordonnance est définitive et a force exécutoire tant qu'elle n'est pas annulée en appel.

^b ^c ^d ^e ^f ^g ^h La règle interdisant les attaques indirectes a été confirmée de nouveau à maintes reprises par notre Cour, notamment dans les arrêts *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, le juge McLachlin, à la p. 973, citant R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983).

^j Le procès de l'intimé n'aurait pas été une procédure visant précisément à obtenir l'infirmation, la modification ou l'annulation de l'ordonnance de

and severance order. Therefore, under a strict application of the rule against collateral attack, the trial judge would have had no power to review the division and severance order. Consequently, there would have been no error of law committed with respect to proceeding on the division and severance order at the trial upon which an appeal of the verdict reached during the trial could be founded. The result would be that neither the Court of Appeal nor this Court would have jurisdiction to review, much less to set aside, the division and severance order.

In my opinion, however, this is not the case for a strict application of the rule against collateral attack which was not intended to immunize court orders from review. The rationale behind the rule is powerful: the rule seeks to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. To allow parties to govern their affairs according to their perception of matters such as the jurisdiction of the court issuing the order would result in uncertainty. Further, "the orderly and functional administration of justice" requires that court orders be considered final and binding unless they are reversed on appeal (*R. v. Pastro, supra*, at p. 497). However, these principles behind the rule against collateral attack are not applicable in the case of a pre-trial division and severance order.

A pre-trial division and severance order does not govern the conduct of the parties but rather regulates the judicial process itself. Such an order is purely related to the procedure of an accused's trial. Another way of stating the matter is that a pre-trial division and severance order is only concerned with a court's controlling its own process within the confines of the same litigation. Therefore, to allow a collateral attack at trial before a superior court on a pre-trial division and severance order made by a superior court would not jeopardize the rule of law or damage the repute of the administration of justice. Further, if the order had

division et de séparation des chefs d'accusation. C'est pourquoi, si on applique strictement la règle interdisant les attaques indirectes, le juge du procès n'aurait pas été habilité à examiner cette ordonnance. Par conséquent, si l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation avait été rendue au procès, on n'aurait pas commis d'erreur de droit susceptible de justifier un appel contre le verdict prononcé à l'issue de ce procès. Il en résulterait que ni la Cour d'appel ni notre Cour n'auraient compétence pour examiner, et encore moins pour annuler, l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation.

À mon avis, cependant, il ne convient pas en l'espèce d'appliquer strictement la règle interdisant les attaques indirectes qui n'a pas été conçue pour soustraire à tout contrôle les ordonnances judiciaires. La règle repose sur un solide raisonnement: elle vise à maintenir la primauté du droit et à préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. L'incertitude résulterait si on permettait aux parties de gérer leurs affaires suivant la perception qu'ils ont de questions comme la compétence du tribunal qui rend l'ordonnance. De plus, [TRADUCTION] «l'administration ordonnée et pratique de la justice» exige que les ordonnances judiciaires soient considérées comme définitives et ayant force exécutoire à moins d'être annulées en appel (*R. c. Pastro*, précité, à la p. 497). Toutefois, ces principes qui sous-tendent la règle interdisant les attaques indirectes ne sont pas applicables à une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès.

Une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès régit non pas la conduite des parties, mais plutôt le processus judiciaire lui-même. Une telle ordonnance ne se rapporte qu'à la procédure suivie au procès d'un accusé. Autrement dit, une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès ne concerne que le contrôle, par un tribunal, de sa propre procédure dans le cadre d'un même litige. Par conséquent, permettre, au cours du procès devant une cour supérieure, une attaque indirecte contre une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue par une

been made by a trial judge, it would have been subject to review by appellate courts along with the verdict. To permit an order to stand which is so erroneous that it results in a trial process that is fundamentally flawed would result in procedure governing substance; a result that cannot be accepted.

Accordingly, in the narrow circumstances of this case, I would recognize some flexibility in the rule against collateral attack and hold that the pre-trial division and severance order was liable to be reviewed and, if made erroneously, set aside by the trial judge. The failure of the trial judge to refuse to follow the pre-trial division and severance order, if erroneous, would constitute an error of law reviewable on appeal to this Court.

As the next portion of my reasons will show, there should be little occasion for this exception to the rule against collateral attack to be applied in the future since I am of the opinion that only the trial judge ever has jurisdiction to issue a division and severance order.

2. Should the division and severance order be set aside?

The division and severance order is anomalous in that severance orders are usually made by the trial judge, in which case the order would be appealable as part of the verdict. Indeed, for the reasons that follow, I am of the opinion that no one but the trial judge has jurisdiction to issue a severance order.

Logically, an accused cannot bring a motion to quash an indictment, or to divide or sever counts in an indictment, until the indictment has been preferred. Until the indictment has been preferred, it does not exist as against the accused, is not legally

cour supérieure avant le procès, ne compromettait pas la primauté du droit ou ne déconsidérait pas l'administration de la justice. De surcroît, si l'ordonnance avait été rendue par le juge du procès, elle aurait fait l'objet d'un examen par les tribunaux d'appel en même temps que le verdict. Permettre le maintien d'une ordonnance erronée au point d'entacher le procès d'un vice fondamental revient à faire prévaloir la procédure sur le fond, un résultat qui ne saurait être accepté.

En conséquence, dans les circonstances particulières du présent pourvoi, je reconnaîtrais une certaine souplesse dans la règle interdisant les attaques indirectes et conclurais que l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès pouvait faire l'objet d'un examen par le juge du procès et être annulée par ce dernier si elle était erronée. L'omission erronée du juge du procès de refuser de suivre ladite ordonnance constituerait une erreur de droit pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour.

Comme le montrera la prochaine partie de mes motifs, il devrait y avoir, à l'avenir, peu d'occasion d'appliquer cette exception à la règle interdisant les attaques indirectes puisque je suis d'avis que seul le juge du procès est compétent pour rendre une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation.

2. Y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation?

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation constitue une anomalie puisque c'est habituellement le juge du procès qui rend les ordonnances de séparation qui, le cas échéant, peuvent faire l'objet d'un appel en tant que partie du verdict. En effet, pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que seul le juge du procès est compétent pour rendre une ordonnance de séparation des chefs d'accusation.

Logiquement, l'accusé ne peut pas présenter de requête en annulation d'un acte d'accusation ni en division ou séparation des chefs d'accusation, avant la présentation de l'acte d'accusation. Jusqu'à ce qu'il ait été présenté, l'acte d'accusation ne

effectual, and therefore is not subject to being altered or quashed.

That motions respecting the indictment can only be brought once the indictment is preferred was recognized by the Alberta Court of Queen's Bench in *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595. The same conclusion was reached by the Prince Edward Island Supreme Court in *R. v. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39. See also Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5th ed. 1989), at p. 189:

c Once an indictment is preferred, the defence is entitled to bring an application to quash that indictment for a defect of substance or form. Similar applications may be brought for particulars of the indictment, to sever the counts in the indictment or to sever the trial of accused who are jointly charged. [Emphasis added.]

Statements to the same effect have been made by this Court. For example, in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, Dickson J., as he then was, stated for the Court at p. 990: "After presentment of the indictment, the accused is free to move to quash the indictment by motion made in the trial court . . ." Similarly, in *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845, Cory J. wrote for the Court at p. 856: "After the preferment of the indictment for sexual assault, defence counsel could have challenged . . . this indictment".

The next question to ask is when is an indictment preferred against an accused. In *Chabot*, this Court held that an indictment is preferred only when it is lodged with the trial court properly constituted and ready to proceed, at the opening of the accused's trial. Dickson J. held for the Court as follows at p. 999:

j . . . I would hold that an indictment based upon a committal for trial without the intervention of a grand jury is not "preferred" against an accused until it is lodged with the trial court at the opening of the accused's trial, with a court ready to proceed with the trial.

pèse pas contre l'accusé, il n'a pas d'effet juridique et il ne peut donc pas être modifié ou annulé.

Dans la décision *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a reconnu que les requêtes relatives à l'acte d'accusation ne peuvent être déposées qu'une fois l'acte d'accusation présenté. La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *R. c. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39. Voir également Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5^e éd. 1989), à la p. 189:

d [TRADUCTION] Une fois l'acte d'accusation présenté, la défense a le droit de demander qu'il soit annulé pour vice de fond ou de forme. Des requêtes semblables peuvent être présentées pour obtenir des précisions sur l'accusation, diviser les chefs d'accusation ou obtenir des procès séparés pour des coaccusés. [Je souligne.]

e Notre Cour a fait des affirmations dans le même sens. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, affirme au nom de la Cour, à la p. 990: «Après le dépôt de l'acte d'accusation, l'accusé peut, par requête présentée devant la cour de première instance, demander l'annulation de l'acte d'accusation. . .» De même, dans l'arrêt *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845, le juge Cory écrit au nom de la Cour, à la p. 856: «Après la présentation de l'acte d'accusation d'agression sexuelle, l'avocat de la défense aurait pu contester [. . .] cet acte d'accusation».

f Il faut ensuite se demander à quel moment un acte d'accusation est présenté contre un accusé. Dans l'arrêt *Chabot*, notre Cour a décidé que l'acte d'accusation est présenté seulement quand il est produit devant la cour de première instance constituée régulièrement et prête à procéder, à l'ouverture du procès de l'accusé. Le juge Dickson conclut ceci au nom de la Cour, à la p. 999:

g . . . je suis d'avis qu'un acte d'accusation fondé sur un renvoi à procès sans l'intervention d'un grand jury n'est pas «présenté» contre un prévenu tant qu'il n'est pas produit devant la cour de première instance à l'ouverture du procès du prévenu, et que la cour n'est pas prête à commencer le procès.

According to the *Chabot* test, the indictment against the respondent was not preferred until it was lodged with Hope J. at the opening of the respondent's trial. Therefore, McDonald J. had no jurisdiction to divide or sever the counts since the indictment had not been preferred against the respondent at the time of the application. A further conclusion is that no one except the trial judge ever has jurisdiction to divide or sever counts since an indictment is only preferred at the opening of an accused's trial.

This does not mean that an accused must wait until the actual trial date to bring an application to divide or sever counts. Once a trial judge has been assigned to the matter, the indictment can be preferred against the accused by lodging it with the trial judge. Since *Chabot*, the *Code* has been amended such that in jury trials the trial judge need not be ready to proceed with the trial to deal with matters such as the validity of the indictment. Sub-section 645(5) of the *Code* provides:

645. . .

(5) In any case to be tried with a jury, the judge before whom an accused is or is to be tried has jurisdiction, before any juror on a panel of jurors is called pursuant to subsection 631(3) and in the absence of any such juror, to deal with any matter that would ordinarily or necessarily be dealt with in the absence of the jury after it has been sworn.

Thus, under s. 645(5), the trial judge can deal with matters concerning the indictment prior to the selection and calling of a jury, in the case of a jury trial. It was always open to a trial judge in the case of a trial by judge alone to hear pre-trial motions before preparing to hear evidence. The judge hearing the application for severance of counts in an indictment would either have to have been assigned as the trial judge or else would be seized of the trial upon the preferring of the indictment and the subsequent hearing of the severance application.

Selon le critère de l'arrêt *Chabot*, l'acte d'accusation n'a été présenté contre l'intimé que lorsqu'il a été produit devant le juge Hope à l'ouverture du procès de l'intimé. Par conséquent, le juge McDonald n'était pas compétent pour diviser ou séparer les chefs d'accusation puisqu'au moment de la requête l'acte d'accusation n'avait pas été présenté contre l'intimé. Je conclus de plus que nul, à l'exception du juge du procès, n'est compétent pour diviser ou séparer les chefs d'accusation puisque l'acte d'accusation n'est présenté qu'à l'ouverture du procès de l'accusé.

Cela ne signifie pas qu'un accusé doit attendre à la date du procès pour présenter une requête en division ou séparation des chefs d'accusation. Une fois qu'un juge du procès s'est vu confier l'affaire, l'acte d'accusation peut être présenté contre l'accusé en le produisant devant le juge du procès. Depuis l'arrêt *Chabot*, le *Code* a été modifié de sorte que, dans les procès devant jury, le juge du procès n'a pas besoin d'être prêt à instruire le procès pour statuer sur des questions comme la validité de l'acte d'accusation. Le paragraphe 645(5) du *Code* est ainsi conçu:

645. . .

(5) Dans le cas d'un procès par jury, le juge peut, avant que les candidats-jurés ne soient appelés en vertu du paragraphe 631(3) et en l'absence de ceux-ci, décider des questions qui normalement ou nécessairement feraient l'objet d'une décision en l'absence du jury, une fois celui-ci constitué.

Donc, selon le par. 645(5), le juge du procès peut, dans le cas d'un procès devant jury, statuer sur des questions concernant l'acte d'accusation avant que les jurés ne soient sélectionnés et appelés. Dans le cas d'un procès devant un juge seul, il est toujours loisible au juge du procès d'entendre des requêtes préalables au procès avant de se préparer à entendre les témoignages. Le juge qui entend la requête en séparation des chefs contenus dans un acte d'accusation devrait soit avoir été désigné juge du procès, soit être saisi du procès à la suite de la présentation de l'acte d'accusation et de l'audition subséquente de la requête en séparation des chefs d'accusation.

The statement in s. 591(4) of the *Code* that a severance order may be made “before or during the trial” (emphasis added) is not deprived of its meaning under this approach to jurisdiction. A severance application brought after the indictment is preferred but before the court is constituted to begin hearing evidence would be brought before the trial.

Moreover, as a matter of practice and policy, it is obviously preferable that the trial judge hear applications to divide and sever counts so that such orders are not immunized from review. Otherwise, procedure begins to govern substance. Indeed, it makes sense that the trial judge consider applications to divide and sever counts since an order for division or severance of counts will dictate the course of the trial itself. Courts have recognized that it is preferable that trial judges make division and severance orders (see, e.g., *R. v. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259 (B.C.S.C.), and *R. v. Auld* (1957), 26 C.R. 266 (B.C.C.A.)). Not only are trial judges better situated to assess the impact of the requested severance on the conduct of the trial, but limiting severance orders to trial judges avoids the duplication of efforts to become familiar enough with the case to determine whether or not a severance order is in the interests of justice. It seems desirable, therefore, that in the future only trial judges can make orders for division or severance of counts in order to avoid injustices such as occurred in this case.

Even had McDonald J.’s order been solid on jurisdictional grounds, I would be inclined to set it aside. The criteria for when a count should be divided or a severance granted are contained in ss. 590(3) and 591(3) of the *Code*. These criteria are very broad: the court must be satisfied that the ends or interests of justice require the order in

Cette façon d’aborder la compétence ne dépouille pas de tout son sens l’affirmation que l’on trouve au par. 591(4) du *Code*, selon laquelle une ordonnance de séparation des chefs d’accusation peut être rendue «avant ou pendant le procès» (je souligne). Une requête en séparation des chefs d’accusation soumise après que l’acte d’accusation a été présenté mais avant que le tribunal ne soit constitué pour commencer à entendre les témoignages serait présentée avant le procès.

De plus, en pratique et en principe, il est de toute évidence préférable que ce soit le juge du procès qui entende les requêtes en division et en séparation des chefs d’accusation de sorte que les ordonnances en la matière n’échappent pas à tout contrôle. Dans le cas contraire, la procédure l’emporterait sur le fond. En fait, il est logique que le juge du procès examine les requêtes en division et en séparation des chefs d’accusation étant donné qu’une ordonnance à cet égard déterminera le déroulement du procès lui-même. Les tribunaux ont reconnu qu’il est préférable que ce soit le juge du procès qui rende les ordonnances de division et de séparation des chefs d’accusation (voir, par exemple, les affaires *R. c. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259 (C.S.C.-B.), et *R. c. Auld* (1957), 26 C.R. 266 (C.A.C.-B.)). Non seulement le juge du procès est-il mieux placé pour évaluer l’effet de la séparation demandée sur la conduite du procès, mais limiter au juge du procès les ordonnances de séparation des chefs d’accusation permet d’éviter le dédoublement des efforts déployés pour acquérir une connaissance du dossier suffisante pour déterminer si les intérêts de la justice exigent une telle ordonnance. Il semble souhaitable, par conséquent, qu’à l’avenir seuls les juges du procès puissent rendre des ordonnances de division ou de séparation des chefs d’accusation afin d’éviter des injustices comme celles qui ont été causées en l’espèce.

Même si le juge McDonald avait été compétent pour rendre l’ordonnance, je serais porté à l’annuler. Les critères applicables pour déterminer quand il y a lieu de diviser des chefs d’accusation ou de les séparer sont énoncés aux par. 590(3) et 591(3) du *Code*. Ces critères sont très larges: le tribunal doit être convaincu que les fins ou les intérêts de la

question. Therefore, in the absence of stricter guidelines, making an order for the division or severance of counts requires the exercise of a great deal of discretion on the part of the issuing judge. The decisions of provincial appellate courts have held, and I agree, that an appellate court should not interfere with the issuing judge's exercise of discretion unless it is shown that the issuing judge acted unjudicially or that the ruling resulted in an injustice. See, for example, *R. v. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387 (Ont. C.A.), in which Porter C.J.O. stated, at p. 392, with regard to the trial judge's refusal to order a severance:

Unless it is shown that he acted unjudicially in the exercise of his discretion or that an injustice might have resulted from the joint trial, his decision should not be disturbed . . .

McDonald J.'s order for division and severance resulted in an injustice in this case when it divided and severed the counts based on the body parts of the complainants. This arbitrary distinction greatly amplified the difficulties in assessing the alleged sexual assaults in the context of all of the circumstances surrounding the conduct by creating an evidentiary problem which would not have existed but for the order. With respect, the order reveals a misapprehension about the nature of the offence of sexual assault and the considerations that go into assessing if a particular procedure alleged to be medically proper and necessary constitutes a sexual assault.

McDonald J. held that proof that the respondent had performed one act (such as a breast examination) on the complainant which was not for the purposes of treatment or diagnosis would have no probative value with regard to whether or not another act (such as a vaginal examination) performed by the respondent on the complainant was for the purposes of treatment or diagnosis. In so holding, McDonald J. was in error. As stated above, this Court emphasized in *Chase* that the

justice exigent l'ordonnance en question. Par conséquent, à défaut de lignes directrices plus rigoureuses, le juge doit, pour rendre une ordonnance de division ou de séparation des chefs d'accusation, exercer un large pouvoir discrétionnaire. Les cours d'appel provinciales ont décidé, ce à quoi je souscris, qu'une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui a rendu l'ordonnance, à moins qu'il ne soit démontré que ce juge n'a pas agi judiciairement ou que sa décision a causé une injustice. Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387 (C.A. Ont.), dans lequel le juge en chef Porter affirme, à la p. 392, au sujet du refus du juge du procès d'ordonner la séparation des chefs d'accusation:

[TRADUCTION] Sauf s'il est démontré qu'il n'a pas agi judiciairement en exerçant son pouvoir discrétionnaire ou qu'une injustice pourrait avoir résulté du procès conjoint, il n'y a pas lieu de modifier sa décision . . .

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation qu'a rendue le juge McDonald a causé une injustice en l'espèce lorsqu'elle a divisé et séparé les chefs en fonction des parties du corps des plaignantes. Cette distinction arbitraire a augmenté considérablement la difficulté d'évaluer les agressions sexuelles alléguées en fonction de l'ensemble des circonstances entourant la conduite en question en créant un problème de preuve qui ne se serait pas posé sans l'ordonnance. En toute déférence, l'ordonnance révèle une mauvaise compréhension de la nature de l'infraction d'agression sexuelle et des éléments qu'il faut prendre en considération pour déterminer si un acte qu'on prétend approprié et nécessaire sur le plan médical constitue une agression sexuelle.

Le juge McDonald a décidé que la preuve que l'intimé avait accompli sur la plaignante un acte (tel qu'un examen des seins) qui n'avait pas pour but de traiter ou de poser un diagnostic n'aurait aucune valeur probante pour ce qui est de déterminer si l'intimé avait accompli sur la plaignante un autre acte (tel qu'un examen vaginal) dans le but de la traiter ou de poser un diagnostic. Le juge McDonald a commis une erreur en tirant cette conclusion. Comme je l'ai déjà dit, notre Cour a, dans

court must look to all the circumstances surrounding the conduct in determining the nature and quality of the act. For example, if the respondent acted improperly towards a complainant during one part of a physical examination, evidence of that improper conduct would be relevant to assessing the respondent's conduct at other times during the examination.

The practical effect of McDonald J.'s order for division and severance was to create an unnecessary evidentiary problem by rendering evidence about one part of one visit to the respondent potentially inadmissible as regards another part of the same visit to the respondent's office since different parts of the same visit to the respondent would be contained in separate counts. McDonald J.'s discussion of the irrelevance and lack of probative value of the evidence of one type of act (breast examinations) to another type of act (internal examinations) was referred to directly by Hope J. in his decision to declare the evidence going to the severed counts inadmissible. As I will discuss below, the decision to exclude the evidence going to the severed counts was in error and prejudiced the Crown in its ability to make out its case. The division and severance order worked an injustice towards the Crown, the complainants and the administration of justice in that it placed an artificial barrier to the trial judge's ability to consider the respondent's conduct in all the circumstances.

I do not wish to leave this matter without making one final comment on McDonald J.'s severance order. The order denies the reality of how the complainants experienced the conduct which they have alleged constituted sexual assaults. Each aspect of one complainant's contact with the respondent interlocks with all the other aspects to form the larger context within which that complainant felt that the respondent's actions were inappropriate. Further, the message that a division and severance order in a sexual assault case based on the complainant's body parts sends to women is

l'arrêt *Chase*, souligné que le tribunal doit tenir compte de l'ensemble des circonstances entourant la conduite pour déterminer la nature et la qualité de l'acte accompli. Par exemple, si l'intimé a mal agi envers la plaignante au cours d'une partie d'un examen physique, la preuve de cette inconduite serait pertinente pour évaluer sa conduite à d'autres stades de l'examen.

b L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald a eu pour effet pratique de créer un problème de preuve inutile en rendant la preuve relative à une partie d'une consultation de l'intimé potentiellement inadmissible à l'égard d'une autre partie de la même consultation dans le cabinet de l'intimé, étant donné que des parties différentes de la même consultation de l'intimé seraient visées par des chefs distincts. En décidant de déclarer inadmissibles les témoignages relatifs aux chefs séparés, le juge Hope a mentionné directement l'analyse par le juge McDonald du caractère non pertinent et de l'absence de valeur probante de la preuve d'un type d'acte (examen des seins) par rapport à un autre type d'acte (examen interne). Comme je vais l'expliquer plus loin, la décision d'écartier les témoignages relatifs aux chefs séparés était erronée et a diminué la capacité du ministère public d'établir sa preuve. L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation a causé une injustice au ministère public, aux plaignantes et à l'administration de la justice, du fait qu'elle a entravé artificiellement la capacité du juge du procès d'examiner la conduite de l'intimé à la lumière de toutes les circonstances qui l'ont entourée.

h Je ne veux pas laisser cette question sans formuler une dernière observation sur l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald. L'ordonnance nie la réalité de la façon dont les plaignantes ont subi la conduite qui, ont-elles allégué, a constitué les agressions sexuelles. Chaque aspect du contact d'une plaignante avec l'intimé s'entrecroise avec tous les autres aspects pour former le contexte plus large dans lequel la plaignante a senti que les actions de l'intimé étaient déplacées. De plus, le message que transmet aux femmes une ordonnance de division

that the complainant's physical attributes are more important than her experience as a whole person. The order severed the complainants as well as the counts. In my opinion, the message sent by the order, although not intended to have this effect and although not amounting to an error of law, is inappropriate.

Given these jurisdictional and substantive flaws in McDonald J.'s order for division and severance of the counts, and that it was an error for Hope J. to apply the order, it must be set aside.

3. Should any of the evidence excluded by the trial judge have been admitted?

(a) Evidence going to the severed counts

As I stated above, Hope J. was in error to exclude the evidence going to the severed counts. Hope J. declared that the evidence of the complainants going to the severed counts was generally inadmissible as irrelevant or, in the alternative, too prejudicial. He ruled as follows:

Having regard to the severance order of Justice McDonald, which in effect has said there is to be for trial purposes at least two trials, based upon the sections of the body, I am unable to say that I can find relevancy of evidence which I would expect to come from complainants in the second trial to the counts in this trial. In the event that I am in error, I would not admit that evidence since, in my opinion, the prejudicial effect of admission of such evidence would be greater than its probative value.

With respect, I disagree.

The counts should not have been divided so as to separate a breast examination from a vaginal examination or any other type of touching that occurred during a single visit to the respondent. However, even with the counts divided as they

et de séparation des chefs d'accusation, dans une affaire d'agression sexuelle fondée sur les parties du corps de la plaignante, c'est que ses attributs physiques sont plus importants que ce qu'elle a éprouvé dans tout son être. L'ordonnance a séparé les plaignantes ainsi que les chefs. À mon avis, bien qu'on n'ait pas voulu qu'il ait cet effet et même s'il ne constitue pas une erreur de droit, le message transmis par l'ordonnance est inapproprié.

Compte tenu de ces vices de compétence et de fond qui entachent l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald, et étant donné que le juge Hope a commis une erreur en l'appliquant, cette ordonnance doit être annulée.

3. Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés par le juge du procès?

a) Les témoignages relatifs aux chefs séparés

Comme je l'ai déjà affirmé, le juge Hope a commis une erreur en écartant les témoignages relatifs aux chefs séparés. Le juge Hope a déclaré que les témoignages des plaignantes relatifs aux chefs séparés étaient généralement inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents ou encore parce qu'ils étaient trop préjudiciables. Il a décidé ce qui suit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald qui, en fait, a précisé qu'il fallait tenir au moins deux procès, en fonction des parties du corps en cause, je ne puis dire que les témoignages auxquels je m'attendrais de la part des plaignantes dans le second procès seraient pertinents en ce qui concerne les chefs en question dans le présent procès. Au cas où je me tromperais, je n'admettrais pas ces témoignages puisque, selon moi, l'effet préjudiciable de leur admission l'emporterait sur leur valeur probante.

i) En toute déférence, je ne partage pas cet avis.

Il n'y avait pas lieu de diviser les chefs de façon à séparer un examen des seins d'un examen vaginal ou de tout autre attouchement qui s'est produit durant une seule et même consultation de l'intimé. Toutefois, même une fois les chefs divisés comme

were, there should have been no question as to the admissibility of the evidence of other touching that occurred during the same appointment with the respondent as the vaginal examination being considered by the trial judge, or of evidence given by one complainant about other visits she had with the respondent.

The evidence of one complainant about one visit to the respondent is simply evidence of the events surrounding the alleged sexual assault. This evidence raises no similar fact or similar act evidence considerations and was clearly relevant. The trial judge did not determine the probative value of the evidence, specify its prejudicial effect, or weigh one against the other. I am of the opinion that the evidence regarding acts other than vaginal examinations was not prejudicial at all where the evidence of one complainant with respect to her experience with the respondent is concerned since it is simply evidence about the nature of the complainant's professional relationship with the respondent. On the other hand, that evidence if accepted by a trier of fact would be probative of the circumstances in which the internal examinations occurred which in turn would be probative of the nature of the respondent's conduct. In my opinion, the prejudicial effect of the evidence would not outweigh its probative value. Accordingly, evidence given by one complainant about events that occurred during the same visit to the respondent's office as the vaginal examination forming the subject of the count before the trial judge would be admissible as against that count. The trial judge erred in excluding this evidence.

For the same reasons, evidence given by one complainant about other appointments she had with the respondent was also properly admissible as against the counts before the trial judge in which the complainant was named.

I am also of the opinion that the evidence of one complainant as regards the severed counts should have been admitted with respect to the counts relating to each of the other complainants. While

ils l'ont été, il n'y aurait pas dû y avoir de doute quant à l'admissibilité de la preuve d'autres attouchements qui ont eu lieu à l'occasion du même rendez-vous avec l'intimé, comme l'examen vaginal pris en considération par le juge du procès, ou quant à l'admissibilité du témoignage d'une plaignante au sujet de ses autres consultations de l'intimé.

Le témoignage d'une plaignante au sujet d'une consultation de l'intimé porte simplement sur les événements qui ont entouré l'agression sexuelle alléguée. Ce témoignage ne soulève aucune considération de preuve de faits ou d'actes similaires et il était nettement pertinent. Le juge du procès n'a pas statué sur la valeur probante des témoignages, ni précisé leur effet préjudiciable, ni soupesé l'un par rapport à l'autre. Je suis d'avis que les témoignages relatifs à d'autres actes que les examens vaginaux n'étaient absolument pas préjudiciables s'il s'agissait du témoignage d'une plaignante concernant l'expérience qu'elle a vécue avec l'intimé, puisqu'ils concernaient simplement la nature de la relation professionnelle de l'intimé avec la plaignante. En revanche, si un juge des faits les acceptait, ces témoignages constituerait une preuve des circonstances dans lesquelles les examens internes ont eu lieu, laquelle constituerait, à son tour, une preuve de la nature de la conduite de l'intimé. À mon avis, l'effet préjudiciable de la preuve ne l'emporterait pas sur sa valeur probante. Par conséquent, le témoignage d'une plaignante au sujet des événements qui se sont produits durant la même consultation dans le cabinet de l'intimé, tels que l'examen vaginal visé par le chef d'accusation dont le juge du procès était saisi, serait admissible à l'égard de ce chef. Le juge du procès a commis une erreur en écartant cet élément de preuve.

Pour les mêmes raisons, le témoignage d'une plaignante au sujet d'autres rendez-vous qu'elle a eu avec l'intimé était aussi admissible à bon droit à l'égard des chefs soumis au juge du procès dans lesquels la plaignante était nommée.

Je suis également d'avis que le témoignage d'une plaignante au sujet des chefs séparés aurait dû être admis quant aux chefs concernant chacune des autres plaignantes. Même s'il pourrait être qua-

this evidence could be characterized as evidence of similar acts or events, the evidence was not tendered solely to show that the respondent was a person of bad character or of a disposition likely to commit the alleged offences. Rather, the evidence provided information highly relevant to understanding the context in which the alleged offences occurred and shed light on the nature of the respondent's relationship with his patients, particularly the standard of medical treatment he provided. The evidence provided a different perspective on the alleged assaults from that afforded by the medical evidence. The evidence going to the severed counts, if accepted by a jury, would also tend to show a distinct pattern of behaviour engaged in by the respondent. While the probative value of one complainant's evidence with respect to other complainants' allegations is somewhat less than that described above, and the prejudicial effect higher, I would nonetheless find that the probative value outweighs the prejudicial effect.

In summary, all the evidence going to the severed counts should have been admitted with respect to all the counts before the trial judge. This evidence was relevant to several important issues in the case, and its prejudicial effect would not outweigh its probative value.

(b) Evidence of the respondent's ranking medical officer

Hope J. ruled that the evidence of the respondent's ranking medical officer, Colonel MacKenzie, who was qualified as an expert in the field of the general practice of medicine, was inadmissible on the basis that it is irrelevant since it "only tells us what she advised the accused do to improve his practice at an army station some seven years ago".

I disagree with Hope J. that this evidence was irrelevant. The substance of the Colonel's evidence was that, in response to complaints made against the respondent by female patients while he was practising medicine in the military, she counselled

lifié de preuve d'actes ou de faits similaires, ce témoignage n'a pas été produit seulement pour démontrer que l'intimé était une personne de mauvaise moralité ou qu'il était prédisposé à commettre le genre d'infraction reprochée. Au contraire, le témoignage a fourni des renseignements très pertinents pour saisir le contexte dans lequel les infractions alléguées ont été perpétrées et a fait la lumière sur la nature de la relation de l'intimé avec ses patientes, en particulier sur le type de traitement médical qu'il fournissait. Le témoignage a présenté les agressions alléguées sous un jour différent de celui offert par la preuve médicale. La preuve relative aux chefs séparés, si elle était acceptée par un jury, tendrait aussi à démontrer que l'intimé a adopté un autre type de comportement. Bien que la valeur probante du témoignage d'une plaignante relativement aux allégations d'autres plaignantes soit un peu moindre que celle décrite plus haut, et que l'effet préjudiciable soit plus grand, je conclurais néanmoins que la valeur probante l'emporte sur l'effet préjudiciable.

En résumé, tous les témoignages relatifs aux chefs séparés auraient dû être admis à l'égard de tous les chefs soumis au juge du procès. Ces témoignages étaient pertinents en ce qui concernait plusieurs questions importantes en l'espèce et leur effet préjudiciable ne l'emporterait pas sur leur valeur probante.

b) Le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé

Le juge Hope a décidé que le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé, le colonel MacKenzie, qui a été reconnue comme une experte en médecine générale, était inadmissible pour le motif qu'il n'était pas pertinent étant donné qu'[TRADUCTION] «il nous apprend seulement qu'elle a conseillé l'accusé sur la façon d'améliorer ses méthodes dans un poste militaire il y a environ sept ans».

Je ne suis pas d'accord avec le juge Hope pour dire que ce témoignage n'était pas pertinent. Essentiellement, le colonel a témoigné qu'en réponse à des plaintes déposées contre l'intimé par des patientes pendant qu'il exerçait la médecine

the respondent on the proper way to conduct a medical practice. Among the suggestions she gave the respondent were that he should have a female medical personnel present in the office when he did any intimate examinations and that he should be careful about how he touched patients. He was also counselled to stop spending unduly long amounts of time with his patients, and not to invade patients' privacy by watching them undress and dress. In my opinion, this evidence was very relevant to the nature and quality of the acts which the respondent performed on the complainants and specifically to whether or not he was carrying out proper medical procedures. Further, one of the respondent's defences was that of good faith even if his practices were unorthodox. The Colonel's evidence would go to rebutting this defence since an inference could be drawn that the respondent had been made aware of problems with his practice in this respect. Hope J. was therefore in error to reject this evidence on the basis of irrelevance. The Colonel's testimony should have been admitted.

Hope J. also rejected the Colonel's evidence on the basis of a rule which he described as follows:

[Her evidence] may well be inadmissible under the rule that in the absence of any assent by the accused, either by word or conduct, to the correctness of the statements made in his presence, has no evidentiary value and should be disregarded.

Whether or not the respondent accepted or rejected the advice has no bearing on the admissibility of what the Colonel told the respondent. The rule on which Hope J. relied actually relates to the admissibility of hearsay statements, made in the presence of an accused and adopted by the accused as an admission. For example, the leading case in the area concerned the admissibility of a mother's testimony about accusations made against the accused, and in the presence of the accused, by her young son (*R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.)). The Colonel's testimony was not hearsay since it was not evidence, presented for the truth of the matter stated, of what someone else told her.

dans l'armée, elle l'avait conseillé sur la bonne façon de pratiquer la médecine. Elle lui avait notamment suggéré d'effectuer les examens intimes en présence d'une femme membre du personnel médical et de faire attention à la façon dont il touchait les patientes. Elle lui a conseillé également de cesser de passer trop de temps avec ses patientes et d'éviter de porter atteinte à la vie privée des patientes en les regardant se déshabiller et se rhabiller. À mon avis, cette preuve était très pertinente quant à la nature et à la qualité des actes que l'intimé a accomplis sur les plaignantes et, plus précisément, quant à la question de savoir si ses actes médicaux étaient appropriés. De plus, l'intimé a notamment invoqué sa bonne foi comme moyen de défense même si ses méthodes étaient peu orthodoxes. Le témoignage du colonel tendrait à réfuter cette défense car on pouvait en inférer que l'intimé avait été informé des problèmes que posaient ses méthodes sous ce rapport. Le juge Hope a donc commis une erreur en écartant cette preuve pour le motif qu'elle n'était pas pertinente. Le témoignage du colonel aurait dû être admis.

e
f
g
h
i
j
Le juge Hope a également rejeté le témoignage du colonel en s'appuyant sur une règle qu'il a décrite ainsi:

[TRADUCTION] [Son témoignage] peut bien être inadmissible suivant la règle qui veut que, si l'accusé n'a pas reconnu, par ses propos ou par sa conduite, que les déclarations faites en sa présence étaient justes, celles-ci n'ont aucune valeur probante et devraient être ignorées.

Le fait que l'intimé ait accepté ou non les conseils donnés n'a aucune incidence sur l'admissibilité de ce que le colonel lui a dit. La règle invoquée par le juge Hope se rapporte en réalité à l'admissibilité des déclarations relatées, c'est-à-dire les déclarations faites en présence de l'accusé et que celui-ci a adoptées à titre d'aveux. Par exemple, l'arrêt de principe en la matière concernait l'admissibilité du témoignage d'une mère au sujet des accusations que son jeune fils avaient portées contre l'accusé et en présence de celui-ci (*R. c. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.)). Le témoignage du colonel n'était pas du ouï-dire puisqu'il ne constituait pas une preuve de ce que quelqu'un d'autre lui avait dit, présentée

Therefore, the rule to which Hope J. referred has no application in this case.

(c) Evidence of non-complainants

On a *voir dire*, the Crown called five women who had been patients of the respondent in the army as well as three women, also past patients, who had come forward with complaints about the accused after the preliminary inquiry as a result of media reports regarding the charges against the respondent. These women all testified that they felt the respondent had acted inappropriately towards them during medical examinations, including breast and vaginal examinations. Hope J. ruled that all of this evidence was inadmissible.

Given the errors already committed in the severance order, in the exclusion of other evidence, and in the motion for a directed verdict (which I will discuss below), I do not think it is necessary to discuss the admissibility of this evidence and will leave it to the discretion of the trial judge in the respondent's new trial. Recognizing that this evidence can correctly be characterized as similar fact evidence, it will be for the trial judge to consider whether or not the evidence falls within the decision of this Court in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763.

Another factor for the trial judge to consider will be the availability of medical records regarding the witnesses from the army. The trial judge may decide that the lack of medical records for these witnesses' visits with the respondent renders the prejudicial effect of the evidence too high for it to be admissible.

Before leaving this evidence, I would note that Hope J. approached the decision regarding the admissibility of this evidence improperly when he assessed the witnesses' credibility and made determinations as to the weight he would give their evidence. The credibility of witnesses and weight to

pour établir la véracité de la déclaration faite. En conséquence, la règle mentionnée par le juge Hope ne s'applique pas en l'espèce.

a c) Le témoignage de personnes qui ne sont pas des plaignantes

Au cours d'un voir-dire, le ministère public a fait témoigner cinq femmes qui avaient été des patientes de l'intimé dans l'armée ainsi que trois femmes, également ex-patientes, qui s'étaient présentées pour porter plainte contre l'accusé après l'enquête préliminaire, à la suite des reportages qui avaient paru dans les médias relativement aux accusations portées contre l'intimé. Ces femmes ont toutes témoigné qu'elles croyaient que l'intimé avait mal agi envers elles durant des examens médicaux, dont des examens des seins et des examens vaginaux. Le juge Hope a décidé que tous ces témoignages étaient inadmissibles.

Étant donné les erreurs que comportaient déjà l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation, la décision d'écartier d'autres éléments de preuve et la requête en verdict imposé (sur laquelle je reviendrai), je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'examiner l'admissibilité de cette preuve et je vais laisser cela à la discrétion du juge qui présidera le nouveau procès de l'intimé. Reconnaissant que cette preuve peut être qualifiée à juste titre de preuve de faits similaires, il appartiendra au juge du procès de décider notamment si la preuve est visée par l'arrêt de notre Cour *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763.

Un autre facteur dont le juge du procès devra tenir compte est la disponibilité de dossiers médicaux relatifs aux témoins de l'armée. Le juge du procès pourrait décider que l'absence de dossiers médicaux relatifs aux consultations de l'intimé par ces témoins rend les témoignages trop préjudiciables pour qu'ils soient admissibles.

Avant de passer à un autre sujet, je ferais observer que le juge Hope a mal abordé la question de l'admissibilité de cette preuve quand il a évalué la crédibilité des témoins et déterminé le poids qu'il accorderait à leur témoignage. La crédibilité des témoins et le poids qui doit être accordé à leur

be given evidence are matters to be considered by the trier of fact when making a determination as to a verdict after the Crown and the defence have presented their cases and are not factors properly before a trial judge when ruling on the admissibility of evidence.

4. Did the trial judge err in granting the respondent's motion for a non-suit?

I am of the opinion that Hope J. erred in granting the respondent's motion for a non-suit at the close of the Crown's case. An application for a directed verdict or a non-suit is a matter of common law since there is no provision in the *Code* for such an application. This Court reviewed the test to be applied on such an application in *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154. In that case, McIntyre J. wrote for the Court that the test to be applied is derived from the decision in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. That test (at p. 161) is whether there is "any admissible evidence, whether direct or circumstantial, which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction". McIntyre J. stated at p. 161:

It is not the function of the trial judge to weigh the evidence, to test its quality or reliability once a determination of its admissibility has been made. It is not for the trial judge to draw inferences of fact from the evidence before him. These functions are for the trier of fact, the jury.

The respondent elected to be tried without a jury, and therefore Hope J. was to fulfil the roles of both trial judge and trier of fact. It was in his role as trial judge, rather than as trier of fact, that he was to make a determination on the application for a non-suit. Hope J. was not to make determinations of weight and credibility prior to reaching a decision on the application for a non-suit.

The trial judge opened his ruling on the application by stating the correct test. He held:

témoignage sont des questions que le juge des faits doit considérer au moment de déterminer le verdict à rendre après que le ministère public et la défense ont présenté leurs thèses respectives, et ne sont pas des facteurs qu'il appartient au juge du procès d'examiner lorsqu'il statue sur l'admissibilité de la preuve.

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en faisant droit à la requête en non-lieu de l'intimé?

Je suis d'avis que le juge Hope a commis une erreur en faisant droit à la requête en non-lieu de l'intimé à la fin de la présentation de la preuve du ministère public. Une requête en verdict imposé ou en non-lieu est une question de common law puisqu'on ne trouve aucune disposition à ce sujet dans le *Code*. Dans l'arrêt *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, notre Cour a analysé le critère qui doit être appliqué à une telle requête. Dans cette affaire, le juge McIntyre a écrit au nom de la Cour que le critère à appliquer était tiré de l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. Ce critère (à la p. 161) consiste à se demander si on a présenté «un élément de preuve admissible, direct ou circonstanciel qui, s'il était accepté par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierait une déclaration de culpabilité». Le juge McIntyre affirme, à la p. 161:

Le juge du procès n'a pas pour fonction d'évaluer la preuve en vérifiant sa force probante ou sa fiabilité lorsqu'on a décidé qu'elle était admissible. Il n'incombe pas au juge du procès de faire des inférences de fait d'après les éléments de preuve qui lui sont présentés. Ces fonctions incombent au juge des faits, le jury.

L'intimé a choisi d'être jugé sans jury et, par conséquent, le juge Hope devait assumer les fonctions de juge du procès et de juge des faits. C'est en sa qualité de juge du procès, et non de juge des faits, qu'il devait statuer sur la requête en non-lieu. Le juge Hope ne devait pas se prononcer sur le poids de la preuve ni sur la crédibilité des témoins avant d'avoir statué sur la requête en non-lieu.

En statuant sur la requête, le juge du procès a d'abord énoncé le bon critère, affirmant:

... counsel for the accused applied for a directed verdict. That is, there is no case to answer on the basis that there has been no evidence to prove an essential ingredient or element of the offence, or, put another way, there is no evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably might convict the accused. In deciding this application, I do not weigh the evidence.

Despite articulating the correct standard at the outset, Hope J. began to commit errors over the course of his ruling on the motion. First, he stated that in relation to consent, the Crown had "to prove beyond a reasonable doubt the procedures carried out were not appropriate or necessary for diagnostic or treatment purposes". There are two errors in this statement. First, proof beyond a reasonable doubt is not an element of the test for a directed verdict; the proper test is some evidence. Second, the Crown did not have to submit evidence proving that the procedures were not appropriate or necessary for diagnostic or treatment purposes. What the Crown had to lead was evidence that the conduct of the respondent had a sexual character in addition to whatever medical character that conduct might have had.

Hope J. next erred when he stated that the only evidence going to show whether or not there was a lack of consent was that of the two medical experts. The evidence of the medical experts produced opinions on the necessity of and the proper procedures for the types of medical examinations in question. However, the testimony of the complainants as to their feelings of specific distress and discomfort, as well as their testimony that they had never had similar experiences with other doctors, was evidence going to lack of consent. The complainants' testimony also afforded evidence that the respondent's practices varied from visit to visit, or from complainant to complainant, which might tend to throw doubt on the nature of the touching. Further, the investigating officer testified that the respondent had stated that he was "probably" sexually aroused by one of the complainants. The police officer also testified that when he was

[TRADUCTION] . . . l'avocat de l'accusé a demandé un verdict imposé. C'est-à-dire qu'il n'y a aucune preuve à réfuter puisqu'on n'a présenté aucun élément de preuve établissant l'existence d'un élément essentiel de l'infraction ou, autrement dit, on n'a présenté aucun élément de preuve qui permettrait à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de déclarer l'accusé coupable. Pour statuer sur cette requête, je n'évalue pas la preuve.

b Bien qu'il ait énoncé le bon critère au départ, le juge Hope a commencé à commettre des erreurs en statuant sur la requête. Il a d'abord dit qu'en ce qui concerne le consentement, le ministère public devait [TRADUCTION] «prouver hors de tout doute raisonnable que les actes accomplis n'étaient pas appropriés ni nécessaires pour poser un diagnostic ou à des fins de traitement». Cette affirmation contient deux erreurs. Premièrement, la preuve hors de tout doute raisonnable n'est pas un élément du critère applicable à un verdict imposé; le critère approprié est l'existence d'une preuve quelconque. Deuxièmement, le ministère public n'avait pas à présenter de preuve établissant que les actes accomplis n'étaient pas appropriés ni nécessaires pour poser un diagnostic ou à des fins de traitement. Ce qu'il devait prouver c'est que la conduite de l'intimé avait un caractère sexuel en plus de tout caractère médical qu'elle aurait pu revêtir.

g Le juge Hope s'est ensuite trompé quand il a dit que la seule preuve tendant à établir s'il y avait ou non absence de consentement était le témoignage des deux experts en médecine. Au cours de leur témoignage, ils ont émis des opinions sur la nécessité et l'opportunité des méthodes employées pour effectuer les types d'examens médicaux en question. Toutefois, le témoignage des plaignantes au sujet de l'angoisse et du malaise qu'elles ont éprouvés, ainsi que le témoignage selon lequel elles n'avaient jamais connu d'expérience semblable avec d'autres médecins, tendait à établir l'absence de consentement. Le témoignage des plaignantes a également montré que les méthodes de l'intimé variaient d'une consultation à l'autre et d'une plaignante à l'autre, ce qui serait propre à jeter un doute sur la nature de l'attouchement. De plus, le policier enquêteur a témoigné que l'intimé avait dit avoir été «probablement» excité sexuelle-

read part of one of the complainant's statement to police, the respondent stated something like, "I'm human, I need to stop here.... That is going to happen every so often". This supported that complainant's testimony that the respondent apologized to her after the alleged sexual assault, saying something like, "... I'm sorry. I got carried away [involved]," and "... at least I know I'm human". Therefore, there was admissible evidence aside from that of the medical experts going to the issue of lack of consent.

Next, in my opinion, Hope J. broadly overstated the matter when he stated that both medical experts approved the respondent's procedures. The doctors' testimony was long and complex, and contained many statements from which a jury could have concluded that the respondent's conduct was inappropriate in terms of accepted medical practice. It was for the trier of fact to weigh the experts' evidence and reach a conclusion about the inferences to be drawn from that evidence. It was not the function of the trial judge on a motion for a non-suit to do so.

I note also that it was no barrier to the reception of the evidence that the experts testified on occasion to their own practices. There is no rule of evidence that experts may not testify as to their own practices (see, for example, the sections on expert opinion evidence in Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 533-74, and McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1993), at pp. 9-9 to 9-45). *Deyong v. Weeks* (1983), 43 A.R. 342 (C.A.), on which Hope J. relied for his ruling, was a civil case concerning expert opinion evidence regarding the proper standard of care to be expected of the profession in a suit for professional negligence and was therefore inapplicable. Finally, at the point when Hope J. was considering the motion for the non-suit, the expert evidence has already been admitted. It was improper for Hope J. to make

ment par l'une des plaignantes. Le policier a aussi témoigné que, lorsqu'on lui a lu une partie de la déclaration de l'une des plaignantes, l'intimé a dit quelque chose comme [TRADUCTION] «C'est humain, j'ai besoin de m'arrêter ici... Ça va se produire de temps en temps». Cela corroborait le témoignage de cette plaignante selon lequel l'intimé s'était excusé après l'agression sexuelle alléguée en disant quelque chose comme [TRADUCTION] «... je suis désolé. Je me suis laisser emporter [entraîner]» et «... au moins, je sais que c'est humain». Par conséquent, il y avait, outre les témoignages des experts en médecine, une preuve admissible qui se rapportait à la question de l'absence de consentement.

J'estime ensuite que le juge Hope a grandement exagéré quand il a dit que les deux experts en médecine avaient approuvé les méthodes de l'intimé. Le témoignage des médecins a été long et complexe et il renfermait bien des déclarations qui auraient pu permettre à un jury de conclure que la conduite de l'intimé dérogeait à la pratique médicale admise. Il appartenait au juge des faits d'apprécier les témoignages des experts et de décider quelles conclusions pouvaient en être tirées. Il n'appartenait pas au juge du procès de le faire à la suite d'une requête en non-lieu.

Je souligne également que le fait que les experts aient, à l'occasion, témoigné sur leurs propres méthodes ne constitue pas un obstacle à la réception de la preuve. Aucune règle de preuve n'interdit à des experts de témoigner relativement à leurs propres méthodes (voir, par exemple, les sections portant sur le témoignage d'expert dans Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 533 à 574, et McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. 1993), aux pp. 9-9 à 9-45). L'arrêt *Deyong c. Weeks* (1983), 43 A.R. 342 (C.A.), sur lequel s'est appuyé le juge Hope pour rendre sa décision, était une affaire civile portant sur le témoignage d'expert relatif à la norme appropriée de diligence à laquelle on peut s'attendre de la part des membres de la profession, dans une action pour faute professionnelle, et ne s'appliquait donc pas. Enfin, quand le juge Hope a

statements on the admissibility of the expert evidence after the close of the Crown's case.

As I have stated, along with weighing the evidence and drawing inferences from some witnesses' testimony, Hope J. erroneously applied a "proof beyond a reasonable doubt" as opposed to a "some evidence" standard, an error which he made explicit by concluding, "the Crown has failed to prove beyond a reasonable doubt an essential ingredient in each of the counts". His errors were not cured by the statement at the end of his judgment that there was "no evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably might convict the accused". Indeed, the fact that Hope J. left out a key part of the test, i.e., no evidence which if believed could form the basis for a conviction, indicates that he directed a verdict based on his disbelief of the evidence rather than on a neutral assessment.

Given these errors, the order for the non-suit cannot stand. Even under the trial judge's rulings on the admissibility of evidence, there was some evidence, both direct and circumstantial, which if believed by a properly instructed jury acting reasonably could have resulted in convictions. Under a correct approach to the admissibility of the evidence, there would have been all the more evidence to satisfy the standard.

V. Conclusion and Disposition

The pre-trial order for division and severance of the counts contained apparent flaws in jurisdiction and in substance, and in the circumstances should not have been applied by the trial judge. Further, the trial judge erred in his rulings on the admissibility of the evidence going to the severed counts,

examiné la requête en non-lieu, les témoignages d'experts avaient déjà été admis. Il ne convenait pas que le juge Hope affirme quoi que ce soit sur l'admissibilité des témoignages d'experts après la fin de la présentation de la preuve du ministère public.

Comme je l'ai dit, en plus d'évaluer la preuve et de tirer des conclusions à partir du témoignage de certaines personnes, le juge Hope a commis une erreur en appliquant une norme de «preuve hors de tout doute raisonnable» au lieu de celle d'une «preuve quelconque», une erreur qu'il a rendue explicite en concluant que [TRADUCTION] «le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence d'un élément essentiel dans chacun des chefs». Il n'a pas remédié à ses erreurs en disant à la fin de son jugement qu'on n'avait présenté [TRADUCTION] «aucun élément de preuve qui permettrait à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de déclarer l'accusé coupable». En réalité, le fait que le juge Hope ait oublié un élément essentiel du critère, savoir aucun élément de preuve qui, s'il était accepté, pourrait justifier une déclaration de culpabilité, indique qu'il a imposé un verdict fondé sur le fait qu'il n'ajoutait pas foi à la preuve présentée plutôt que sur une appréciation objective.

Vu ces erreurs, l'ordonnance de non-lieu ne saurait être maintenue. Même avec les décisions du juge du procès sur l'admissibilité de la preuve, il y avait des éléments de preuve, à la fois directs et circonstanciels, qui, s'ils avaient été acceptés par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, auraient entraîné des déclarations de culpabilité. Si la question de l'admissibilité de la preuve avait été abordée correctement, il y aurait eu d'autant plus d'éléments de preuve pour satisfaire à la norme.

V. Conclusion et dispositif

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation, rendue avant le procès, comportait des vices de compétence et de fond appartenants et, dans les circonstances, le juge du procès n'aurait pas dû l'appliquer. De plus, le juge du procès a commis une erreur dans ses décisions sur

as well as the testimony of the respondent's ranking medical officer. Finally, the trial judge erred in granting the non-suit. Accordingly, the matter must go back for a new trial.

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the order dividing and severing the counts, set aside the acquittals, and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I have had the advantage of reading the reasons of Justice Iacobucci and agree with them. I wish only to add a comment on the question of whether this Court has jurisdiction to review the order for severance made by McDonald J. in chambers.

The problem, it is said, is that the order in question was not made by the trial judge as part of the trial. It was made prior to the trial by McDonald J. This Court, in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, commented in *obiter dicta* at p. 1000 that the preferral of the indictment occurs and the trial begins when the accused is called upon to plead "before a trial court constituted to dispose of the case". In the case at bar, that occurred only sometime after McDonald J. had made his severance order. Had the judge who presided over the trial proper, Hope J., made the severance order, as happens elsewhere in some parts of Canada, it would have been appealable as part of the proceedings in the trial. The difficulty is that the order was made before trial by another judge before, it is argued, the indictment was preferred. Since no appeal was (or could be) taken from that order, it stands, by virtue of the rule against collateral attack: See *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594. My colleague concludes that to meet this argument, it is necessary to entertain an exception to the rule

l'admissibilité des témoignages relatifs aux chefs séparés et sur l'admissibilité du témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé. Enfin, le juge du procès a eu tort de faire droit à la requête en non-lieu. Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu relativement à l'affaire.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation, d'annuler les acquittements et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai pris connaissance des motifs du juge Iacobucci et j'y souscris. Je veux simplement ajouter un commentaire sur la question de savoir si notre Cour est compétente pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald en chambre.

Le problème, dit-on, est que l'ordonnance en question n'a pas été rendue par le juge du procès dans le cadre de l'instance. Elle a été rendue avant le procès par le juge McDonald. Dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, notre Cour a fait remarquer, dans une opinion incidente, à la p. 1000, que la présentation de l'acte d'accusation a lieu et le procès commence lorsque l'accusé doit plaider devant «un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation». En l'espèce, cela ne s'est produit qu'après que le juge McDonald eut rendu son ordonnance de séparation des chefs d'accusation. Si c'était le juge qui a présidé le procès comme tel, savoir le juge Hope, qui avait rendu l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation, comme cela se fait ailleurs dans certaines parties du Canada, elle aurait pu faire l'objet d'un appel en tant que partie du procès. Le problème c'est que l'ordonnance a été rendue avant le procès par un autre juge, antérieurement, soutient-on, à la présentation de l'acte d'accusation. Puisqu'aucun appel n'a été (ou ne pouvait être) interjeté contre cette ordonnance, elle demeure en vigueur en vertu de la règle qui interdit les attaques indirectes: voir *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. Mon collègue en arrive à la conclusion

against collateral attack so that substance may triumph over form.

It has been questioned, however, whether *Chabot*, which says the indictment is preferred and the trial begins when the court is ready to hear the case, applies in Alberta. It appears that in that province, it is standard practice to arraign an accused before the trial for purposes of taking pleas and pre-trial orders. It has been held that under this Alberta procedure, the indictment must be regarded as having been preferred before the trial begins. In *R. v. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6 (Alta. Q.B.), Cavanagh J. considered the effect of *Chabot* on Alberta criminal procedure. He determined that *Chabot* is inapplicable in Alberta as it is based, first, upon practice in provinces which had previously used a system of grand juries and, second, primarily upon Ontario practice which is considerably different than that in Alberta.

After discussing the historical basis for the decision in *Chabot*, Cavanagh J. briefly outlines at p. 11 the practice in Ontario upon which the decision was based:

The Ontario practice seems to be that some time shortly after the preliminary hearing, an agent of the Attorney-General signs and files an indictment with the Clerk of the Superior Court. That is step No. 1. It appears that the cause then goes to an Assignment Court at which time a trial date is fixed. It appears that there is no reading of the indictment and indeed it is not clear that the accused must be present. That is step No. 2. Step No. 3 in Ontario appears to be the trial, which is commenced by a presentation of the indictment to the Court, acceptance of it, reading of it to the accused, and upon his pleading not guilty commencement of the trial itself with a Judge and jury.

He then discusses the practice in Alberta at pp. 11-12.

The Alberta practice is as follows: step No. 1 — some time shortly after the completion of the preliminary

que, pour contrer cet argument, il est nécessaire de se prévaloir d'une exception à la règle qui interdit les attaques indirectes, de manière que le fond puisse l'emporter sur la forme.

^a On s'est toutefois demandé si l'arrêt *Chabot*, qui précise que l'acte d'accusation est présenté et le procès commence lorsque la cour est prête à entendre l'affaire, s'applique en Alberta. Il paraît que, dans cette province, il est normal que l'accusé soit interpellé avant le procès aux fins d'enregistrer un plaidoyer et de rendre les ordonnances préalables au procès. Il a été conclu que, selon cette procédure albertaine, l'acte d'accusation doit être considéré comme ayant été présenté avant le début du procès. Dans la décision *R. c. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6 (B.R. Alb.), le juge Cavanagh a examiné l'effet de l'arrêt *Chabot* sur la procédure criminelle en Alberta. Il a déterminé que l'arrêt *Chabot* ne s'applique pas en Alberta étant donné qu'il est d'abord fondé sur la pratique dans les provinces qui avaient déjà utilisé un système de grand jury, et ensuite principalement sur la pratique ontarienne qui est sensiblement différente de la pratique albertaine.

^f Après avoir analysé le fondement historique de l'arrêt *Chabot*, le juge Cavanagh décrit brièvement, à la p. 11, la pratique ontarienne sur laquelle l'arrêt se fonde:

^g [TRADUCTION] La pratique en Ontario semble être la suivante: peu après l'enquête préliminaire, un représentant du Procureur général signe et dépose un acte d'accusation auprès du greffier de la Cour supérieure. C'est la première étape. Il appert qu'il y a ensuite une audience de fixation du rôle au cours de laquelle la date du procès est fixée. Il ne semble pas y avoir de lecture de l'acte d'accusation et, en fait, il n'est pas clair que le prévenu doive être présent. Il s'agit de la deuxième étape. La troisième étape en Ontario paraît être le procès qui commence par la présentation de l'acte d'accusation à la cour, son acceptation, sa lecture au prévenu, et lorsque ce dernier plaide non coupable, le procès comme tel commence devant un juge et un jury.

^j Il traite ensuite de la pratique albertaine, aux pp. 11 et 12.

ⁱ [TRADUCTION] La pratique en Alberta est la suivante: première étape — peu après la fin de l'enquête prélimi-

inquiry, an agent of the Attorney-General signs and files an indictment with the Clerk of the Queen's Bench. Step No. 2 — arraignment. At or after committal the accused is notified of the date he is to be arraigned in Court [sic] of Queen's Bench. . . . All accused to be arraigned appear on that day before a Judge of the Court of Queen's Bench. There is no jury. The indictment is presented to the presiding Judge who causes it to be read to the accused, and if the accused pleads not guilty, a trial date usually four to six months later is fixed. If the accused objects to the indictment then no plea is taken, the matter is adjourned to the next arraignment date on the understanding that the objection will be heard by a Judge and ruled upon before the next arraignments. If at arraignments the accused pleads guilty, the presiding Judge will sentence him.

It should be noted that if it is said that the indictment is not preferred against the accused at arraignments, then those who plead guilty and are sentenced would have to be convicted without an indictment ever having been preferred against them. [Emphasis added.]

Procedure in Alberta allows severance motions to be heard by judges in chambers prior to trial without seizing the judge of the matter: *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595. This procedure, as well as others such as the taking of guilty pleas on arraignment, appears to be premised on the assumption that the indictment is preferred against the accused and trial proceedings begin upon arraignment, even though that may be months before a judge and jury are empanelled. If one applies *Chabot* literally to the Alberta practice, many problems arise, including the one we face in this appeal.

One way to meet the problem is to state, as Cavanagh J. did in *Brackenbury and Pratt, supra*, at p. 10, that the suggestion in *Chabot* that the indictment is not preferred until it is presented in the presence of the accused "before a court constituted to dispose of the case", does not apply to pre-trial arraignments in Alberta. On this view, the trial begins for purposes of plea and appeal at arraign-

naire, un représentant du Procureur général signe et dépose un acte d'accusation auprès du greffier de la Cour du Banc de la Reine. Deuxième étape — l'interpellation. Au moment du renvoi à procès ou après celui-ci, le prévenu est avisé de la date de son interpellation devant la Cour du Banc de la Reine . . . Tous les prévenus qui doivent être interpellés comparaissent à cette date devant un juge de la Cour du Banc de la Reine. Il n'y a pas de jury. L'acte d'accusation est présenté au juge qui préside qui le fait lire à l'accusé, et si ce dernier plaide non coupable, la date du procès est habituellement fixée à quatre à six mois plus tard. Si le prévenu s'oppose à l'acte d'accusation, alors aucun plaidoyer n'est enregistré, l'affaire est ajournée jusqu'à la prochaine date d'interpellation à la condition que l'objection soit entendue par un juge et tranchée avant les prochaines interpellations. Lorsque le prévenu plaide coupable lors des interpellations, le juge qui préside lui impose une peine.

d Il y a lieu de souligner que si on dit que l'acte d'accusation n'est pas présenté contre le prévenu lors de l'interpellation, alors ceux qui plaignent coupable et à qui on impose une peine devraient être déclarés coupables sans qu'un acte d'accusation n'ait jamais été présenté contre eux. [Je souligne.]

La procédure albertaine permet aux juges en chambre d'entendre des requêtes en séparation des chefs d'accusation avant le procès sans que le juge soit saisi de l'affaire: *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595. Cette procédure, ainsi que d'autres comme l'enregistrement des plaidoyers de culpabilité lors de l'interpellation, paraît être fondée sur l'hypothèse selon laquelle l'acte d'accusation est présenté contre le prévenu et le procès commence au moment de l'interpellation, même si celle-ci peut être faite des mois avant qu'un juge soit désigné et un jury constitué. L'application littérale de larrêt *Chabot* à la pratique en vigueur en Alberta soulève un grand nombre de problèmes, y compris celui dont nous sommes saisis en l'espèce.

i Une façon de résoudre ce problème consiste à affirmer, comme le juge Cavanagh l'a fait à la p. 10 de la décision *Brackenbury and Pratt*, précitée, que la proposition, dans l'arrêt *Chabot*, selon laquelle l'acte d'accusation n'est pas présenté tant que cela n'est pas fait en présence de l'accusé devant «un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation», ne s'applique pas

ment, even though a judge and jury ready to hear the case are not in place. The rule against collateral attack would present no difficulty in cases like this one, since the severance order is part of the trial proceedings. In my view, this makes sense. *Chabot* was predicated on the procedure in Ontario. It should not be applied literally to different procedures in different provinces when to do so results in anomaly and injustice.

Historically and linguistically, there is no reason why an indictment could not be preferred prior to the time when the court is fully constituted to dispose of the matter. As Cavanagh J. points out in *Brackenbury and Pratt*, at p. 10:

The English word "To prefer" is defined in the Oxford English Dictionary as follows: "To lay (a matter) before anyone formally for consideration, approval, or sanction; to bring forward, present, submit (a statement, bill, indictment, information, prayer, etc.)". In the French version the verb used is "présenter". This word incorporates a similar idea of placing something before a Court for consideration and action . . . [T]he indictment is presented to the Court, the Court accepts or rejects it; if it is accepted, as is usually the case, it is read to the accused and he is called upon to plead to it. That, in my view, completes preferment.

The preferment was historically effected when a bill of indictment was presented to and returned by a grand jury. This typically occurred at the point when the judge and jury were in place, ready to hear the case, as described in *Chabot*. In provinces such as Alberta, where there have never been grand juries, it is done by the Attorney General or his or her agent: see Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (1989), at p. 182. This has often occurred prior to the time when a judge and jury ready to hear the evidence were in place. In short, the time when the indictment is preferred and the

aux interpellations préalables au procès en Alberta. Selon cette opinion, le procès commence, aux fins du plaidoyer et de l'appel, lors de l'interpellation, même s'il n'y a pas de juge et de jury prêts à entendre l'affaire. La règle interdisant les attaques indirectes ne poserait aucun problème dans des cas comme celui-ci, puisque l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation fait partie du procès. À mon avis, cela est logique. L'arrêt *Chabot* était fondé sur la procédure en vigueur en Ontario. Il ne devrait pas être appliqué littéralement à différentes procédures dans différentes provinces lorsqu'il en résulte une anomalie et une injustice.

Historiquement et linguistiquement, il n'y a aucune raison de ne pouvoir présenter un acte d'accusation avant le moment où la cour est entièrement constituée pour connaître de l'affaire. Comme le juge Cavanagh le souligne dans la décision *Brackenbury and Pratt*, à la p. 10:

[TRADUCTION] Le terme anglais «*To prefer*» est défini dans l'Oxford English Dictionary de la manière suivante: «Soumettre (une affaire) formellement à une personne pour qu'elle l'examine, l'approuve ou l'entérine; produire, présenter, soumettre (une déclaration, un projet d'acte d'accusation, un acte d'accusation, une dénonciation, une supplication, etc.)». Dans la version française, le verbe utilisé est «présenter». Ce terme comporte une idée semblable de soumettre quelque chose à une cour pour qu'elle l'examine ou prenne des mesures. . . L'acte d'accusation est présenté à la cour, celle-ci l'accepte ou le rejette; s'il est accepté, comme c'est généralement le cas, on en fait la lecture au prévenu et on lui demande d'enregistrer un plaidoyer. À mon avis, cela complète la présentation.

Historiquement, la présentation avait lieu lorsqu'un projet d'acte d'accusation était présenté à un grand jury et rapporté par celui-ci. Typiquement, cela se produisait au moment où il y avait un juge et un jury prêts à entendre l'affaire, tel que décrit dans l'arrêt *Chabot*. Dans des provinces comme l'Alberta où il n'y a jamais eu de grand jury, c'est le Procureur général ou son représentant qui s'en charge: voir Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (1989), à la p. 182. Cela s'est souvent produit avant qu'un juge et un jury ne soient prêts à entendre la preuve. Bref, le moment où est présenté

trial proceedings begin is a matter of historical incident and practice, rather than one of principle.

Viewing the matter thus, I incline to the view *a* that the order of McDonald J. occurred after pre-
ferment of the indictment and commencement of
the trial proceedings and should be regarded as
part of the trial. As such, it is appealable. In the
alternative, if I were to proceed from the premise
b that the order of McDonald J. preceded the prefer-
ment of the indictment and was not part of the
trial, I agree with my colleague that there should
be an exception to the rule against collateral attack
c where the Alberta procedure outlined above has
been followed. To do otherwise would be to insulate
severance orders by Alberta courts against
appeals which could be brought in other parts of
the country where the judge who actually presides
d at the trial makes the order. That would be mani-
festly unjust.

Whatever approach is adopted, I agree that this
Court has jurisdiction to entertain an appeal from
the severance order of McDonald J.

I would dispose of the appeal as proposed by
Iacobucci J.

Appeal allowed.

*Solicitor for the appellant: The Attorney
General for Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Robert B. White,
Edmonton.*

l'acte d'accusation et où débute le procès est une question d'événement historique et de pratique plutôt que de principe.

Vu sous cet angle, je suis portée à estimer que le juge McDonald a rendu son ordonnance après la présentation de l'acte d'accusation et le début du procès et qu'elle devrait être considérée comme faisant partie du procès. À ce titre, elle peut faire l'objet d'un appel. Subsidiairement, si je devais partir de l'hypothèse selon laquelle l'ordonnance du juge McDonald a précédé la présentation de l'acte d'accusation et ne faisait pas partie du procès, je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'il devrait y avoir une exception à la règle interdisant les attaques indirectes lorsque la procédure albertaine exposée précédemment a été suivie. Toute autre solution reviendrait à soustraire les ordonnances de séparation des chefs d'accusation rendues par les tribunaux de l'Alberta aux appels qui pourraient être interjetés dans d'autres parties du pays où c'est le juge qui préside réellement le procès qui rend l'ordonnance. Une telle situation serait manifestement injuste.

Quel que soit le point de vue adopté, je suis d'accord pour dire que notre Cour est compétente pour entendre un pourvoi contre l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald.

Je statuerais sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Iacobucci.

Pourvoi accueilli.

*Procureur de l'appelante: Le procureur général
de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intimé: Robert B. White,
Edmonton.*