

Wayne Scott Crosby Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. CROSBY

File No.: 24116.

Hearing and judgment: April 24, 1995.

Reasons delivered: June 22, 1995.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Criminal law — Sexual assault — Evidence — Admissibility — Statements making reference, some only incidentally, to previous sexual activity — Counsel wishing to cross-examine on inconsistent statements made to police and on preliminary hearing to test credibility — Whether or not Criminal Code (s. 276) bar to admitting statements making reference to previous sexual activity applicable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.

The appellant and a friend were both charged with sexually assaulting the complainant. They were tried separately. The appellant was convicted at trial and the conviction was upheld by the Court of Appeal. The appellant then appealed, as of right, on the basis that the trial judge had erred in excluding, pursuant to s. 276 of the *Criminal Code*, certain prior inconsistent statements made by the complainant. Credibility was a major issue: the complainant testified that both men had attacked her and forced her to engage in non-consensual sexual acts and the appellant testified that she had consented throughout. The defence theory was that the complainant had fabricated the allegation of sexual assault against the appellant and the other accused after she was confronted by her parents about her sexual activity. The defence sought permission from the trial judge to lead evidence or cross-examine the complainant on four different statements that were alleged to be inconsistent with earlier statements, all of which referred in some way to sexual activity other than that which formed the subject matter of the charge and thereby triggered s. 276 scrutiny. The trial judge allowed evidence to be led on

Wayne Scott Crosby Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. CROSBY

N° du greffe: 24116.

Audition et jugement: 24 avril 1995.

Motifs déposés: 22 juin 1995.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Droit criminel — Agression sexuelle — Preuve — Admissibilité — Déclarations faisant allusion, certaines de façon incidente seulement, à une activité sexuelle antérieure — Contre-interrogatoire sur les déclarations contradictoires faites à la police et à l'enquête préliminaire demandé par l'avocat pour apprécier la crédibilité — La disposition du Code criminel (art. 276) qui rend inadmissibles les déclarations faisant mention d'une activité sexuelle antérieure est-elle applicable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.

L'appellant et son ami ont tous deux été accusés d'agression sexuelle sur la plaignante. Ils ont été jugés séparément. L'appellant a été déclaré coupable au procès, et la déclaration de culpabilité a été maintenue par la Cour d'appel. L'appellant a interjeté appel de plein droit pour le motif que le juge du procès a commis une erreur en excluant certaines déclarations antérieures incompatibles de la plaignante, conformément à l'art. 276 du *Code criminel*. La crédibilité était un élément central de la cause: la plaignante a témoigné avoir été agressée par les deux hommes et contrainte à avoir des rapports sexuels avec eux, alors que l'appellant a soutenu qu'elle avait toujours été consentante. Selon la théorie de la défense, la plaignante aurait prétendu avoir été agressée sexuellement par l'appellant et l'autre accusé après que ses parents lui eurent reproché ses activités sexuelles. La défense a demandé au juge du procès l'autorisation de présenter une preuve ou de contre-interroger la plaignante relativement à quatre déclarations qu'on alléguait être contradictoires à des déclarations antérieures et qui se rapportaient toutes, d'une certaine manière, à une activité sexuelle autre que celle à l'ori-

one of the four statements, and excluded the other three. In the first excluded statement, the complainant indicated that she had visited the appellant on the day of the alleged sexual assault with the intention of having sexual intercourse with him. This statement was inconsistent with the complainant's testimony at trial and at the preliminary hearing. It was ruled inadmissible because it included an incidental police reference to an earlier sexual encounter between the complainant and the appellant. In the second excluded statement, the complainant described unwanted sexual touching by the other accused a few hours prior to the alleged sexual assault. There was minor inconsistency between this description and her description of these events at the preliminary hearing. Finally, in the third excluded statement, the complainant supposedly told the appellant and the other accused, after the alleged sexual assault, that she had engaged in group sex on prior occasions. The defence of honest but mistaken belief in consent was not raised and the constitutionality of s. 276 of the *Code* was not challenged. The only issue here was with regard to the proper application of this provision.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The trial judge erred in excluding the first statement. The material inconsistency between this statement and the complainant's later testimony raised questions as to the complainant's credibility. Excluding this statement denied defence counsel the opportunity to cross-examine the complainant on this material inconsistency. Ordinarily, nothing would prevent such a cross-examination. In this case, however, the material inconsistency was inextricably linked to a police reference to an earlier consensual sexual contact between the complainant and the appellant. The trial judge, in invoking s. 276, therefore excluded otherwise admissible evidence (the complainant's prior statement as to her original intention in going to appellant's house) by piggybacking it atop otherwise *prima facie* inadmissible evidence (the evidence of the unrelated sexual activity). It would be unfair for an accused person to be denied access to evidence which is otherwise admissible and relevant to that person's defence if the prejudice related to admitting that evidence is uniquely attributable to the authorities' conduct. Section 276 was never designed or

gine de l'accusation, ce qui a entraîné l'application de l'art. 276. Le juge du procès a autorisé la production d'éléments de preuve à l'égard de l'une des quatre déclarations, à l'exclusion des trois autres. Dans la première déclaration exclue, la plaignante indiquait s'être rendue chez l'appelant le jour de la prétendue agression sexuelle dans l'intention d'avoir des rapports sexuels avec lui. Cette déclaration était contradictoire à son témoignage au procès et lors de l'enquête préliminaire. Elle a été jugée inadmissible pour le motif que la police y faisait allusion de façon incidente à d'autres rapports sexuels entre la plaignante et l'appelant. Dans la deuxième déclaration exclue, la plaignante décrivait des attouchements sexuels auxquels l'autre accusé se serait livré, sans qu'elle y consente, quelques heures avant la prétendue agression sexuelle. Il y avait une légère contradiction entre cette description et celle qu'elle a faite des événements lors de l'enquête préliminaire. Enfin, dans la troisième déclaration exclue, la plaignante aurait dit à l'appelant et à l'autre accusé, après la prétendue agression sexuelle, qu'elle avait déjà eu des relations sexuelles en groupe. Le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement n'a pas été soulevé et la constitutionnalité de l'art. 276 du *Code* n'est pas contestée. Le litige porte uniquement sur l'application adéquate de cette disposition.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Le juge du procès a commis une erreur en excluant la première déclaration. La contradiction importante entre cette déclaration et le témoignage subséquent de la plaignante soulevait des questions quant à sa crédibilité. L'exclusion de cette déclaration a privé l'avocat de la défense de la possibilité de contre-interroger la plaignante sur cette contradiction importante. Généralement, rien n'empêcherait un tel contre-interrogatoire. En l'espèce, cependant, la contradiction importante était inextricablement liée à la mention par la police de rapports sexuels antérieurs librement consentis entre la plaignante et l'appelant. Le recours à l'art. 276 par le juge du procès a eu pour effet d'exclure un élément de preuve par ailleurs admissible (la déclaration antérieure de la plaignante concernant son intention initiale lorsqu'elle s'est rendue chez l'appelant), en le greffant à un élément de preuve par ailleurs irrecevable à première vue (la preuve des rapports sexuels non reliés à l'accusation). Il serait inéquitable qu'un accusé ne puisse avoir accès à un élément de preuve qui, par ailleurs, est admissible et pertinent pour sa défense lorsque le préjudice lié à l'admission de cette preuve est uniquement imputable au comportement des autorités. L'intention du législateur n'a jamais été de

intended to be employed to prevent cross-examination in such a situation.

Section 276 cannot be interpreted so as to deprive a person of a fair defence. This does not mean, however, that the accused is entitled to the most beneficial procedures possible. Rather, judges must undertake a balancing exercise under s. 276 that is sensitive to many differing and potentially conflicting interests. In the present case, consideration of these factors favoured admission of the first excluded statement. Under the circumstances, the judge should have admitted the prior statement on the basis that it had significant probative value on the issue of credibility which was not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. In order to minimize any possible prejudice to the fairness of the trial, however, the admission of this evidence should be accompanied by a clear warning to the jury that the only significance of this evidence is in relation to the effect of the inconsistent statements on the complainant's credibility.

The evidence of sexual conduct unrelated to the subject matter of the charge was not relevant to the issue of "motive to fabricate" on the part of the complainant. This evidence was not shown to be probative of that defence.

The trial judge did not err in excluding the second excluded statement. The purported inconsistency relating to the complainant's description of unwanted sexual touching by the other accused did not relate in any way to the activity forming the subject matter of the charge. Moreover, this inconsistency was so minor and so ancillary as to fail to be capable of undermining the complainant's credibility in any meaningful way. The impugned evidence did not have significant probative value of any issue that was relevant at trial, as required by s. 276(2) of the *Code*.

The third statement was also properly excluded. The defence maintained that it was indicative of the complainant's state of mind after the sexual activity and therefore probative of the fact that she had actually consented. The appellant, however, had ample opportunity to testify as to the complainant's conduct after the alleged assault. Introduction of this alleged statement, which the complainant denied making, did not add significantly to the relevant issue sought to be advanced by the defence at trial and, even if it did, its probative value was, under the circumstances, substantially outweighed by the danger of prejudice to the accused.

faire en sorte que l'art. 276 fasse obstacle au contre-interrogatoire en pareil cas.

L'article 276 ne peut être interprété de façon à priver une personne du droit à une défense équitable. Toutefois, il n'en résulte pas que l'accusé a le droit de bénéficier des procédures les plus favorables qui soient. Le juge doit plutôt, aux termes de l'art. 276, établir un équilibre entre de nombreux intérêts divergents, voire opposés. Dans la présente affaire, l'examen de ces facteurs favorisait l'admission de la première déclaration exclue. Dans les circonstances, le juge aurait dû admettre la déclaration antérieure pour le motif qu'elle avait une valeur probante importante quant à la question de la crédibilité par rapport au risque d'effet préjudiciable de cette preuve sur la bonne administration de la justice. Cependant, afin de réduire au minimum le risque d'atteinte au caractère équitable du procès, l'admission de cet élément de preuve devrait se doubler d'une mise en garde claire au jury selon laquelle cette preuve n'a d'importance qu'en ce qui concerne l'effet des déclarations incompatibles sur la crédibilité de la plaignante.

La preuve d'un comportement sexuel non relié à l'accusation n'était pas pertinente quant à l'existence d'un «motif de fabrication» chez la plaignante. On n'a pas montré comment cette preuve avait quelque valeur probante relativement à ce moyen de défense.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur en excluant la deuxième déclaration. La prétendue contradiction quant à la description par la plaignante d'attouchements sexuels importuns auxquels se serait livré l'autre accusé ne se rapportait aucunement à l'activité à l'origine de l'accusation. En outre, cette contradiction est si insignifiante et si accessoire qu'elle ne saurait miner véritablement la crédibilité de la plaignante. L'élément de preuve contesté n'avait pas une grande valeur probante à l'égard d'une question en litige, comme l'exige le par. 276(2) du *Code*.

La troisième déclaration a également été justement exclue. La défense a soutenu que cette déclaration montrait dans quel état d'esprit se trouvait la plaignante après les rapports sexuels en cause et, par conséquent, tendait à prouver qu'il y avait eu consentement. Toutefois, l'appelant a pu témoigner amplement au sujet du comportement de la plaignante après la prétendue agression. La production de cette prétendue déclaration, que la plaignante a nié avoir faite, n'était pas substantiellement la thèse soutenue par la défense au procès et, même si tel avait été le cas, le risque d'effet préjudiciable à l'accusé, dans les circonstances, l'emportait sensiblement sur sa valeur probante.

This was not an appropriate case to apply the curative provision of the *Criminal Code* (s. 686(1)(b)(iii)).

Per Sopinka, Iacobucci and Major JJ.: The complainant's statement about previous experience with group sex (the third statement) should be admitted. The decision to exclude this evidence precluded not only cross-examination on the statement but also the evidence of the accused with respect to it. Although consent cannot be given *ex post facto*, a statement made *ex post facto* that there was consent or from which this can be inferred is highly relevant. This proposed evidence, if accepted by the jury, was capable of supporting the interpretation advanced by counsel for the accused. A reference by the complainant immediately after group sex (allegedly non-consensual) to a previous experience with consensual group sex strongly implies that the complainant is equating the two episodes and that they were both consensual.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Dickson* (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A), aff'd [1994] 1 S.C.R. 153; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (1976).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276 [am. c. 19 (3rd Supp.)], s. 12; rep. & sub. S.C. 1992, c. 38, s. 2], 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1994), 130 N.S.R. (2d) 61, 367 A.P.R. 61, 88 C.C.C. (3d) 353, dismissing the accused's appeal from his conviction by Macdonald J. sitting with jury on a charge of sexual assault. Appeal allowed.

Philip J. Star, for the appellant.

Kenneth W. F. Fiske, Q.C., for the respondent.

Il ne s'agit pas d'un cas où il serait opportun d'invoquer la disposition réparatrice du *Code criminel* (sous-al. 686(1)(b)(iii)).

Les juges Sopinka, Iacobucci et Major: La déclaration de la plaignante concernant une expérience antérieure de rapports sexuels en groupe (la troisième déclaration) devrait être admise. La décision d'exclure cette preuve fermait la porte non seulement au contre-interrogatoire sur la déclaration, mais aussi au témoignage de l'accusé à cet égard. S'il est vrai que le consentement ne peut être donné après coup, la déclaration faite après coup qu'il y a eu consentement, ou de laquelle on peut inférer ce consentement, est fort pertinente. Si le jury avait accepté le témoignage que l'on proposait de présenter, celui-ci aurait pu étayer l'interprétation avancée par l'avocat de l'accusé. Le fait que, immédiatement après avoir eu des rapports sexuels en groupe (auxquels elle allègue ne pas avoir consenti), la plaignante fasse allusion à une expérience antérieure où elle a consenti à avoir des rapports sexuels en groupe implique fortement qu'elle établit un lien entre les deux épisodes et qu'elle a consenti chaque fois.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Dickson* (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (C.A.T.Y.), conf. par [1994] 1 R.C.S. 153; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *State c. Jalo*, 557 P.2d 1359 (1976).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276 [mod. ch. 19 (3^e suppl.)], art. 12; abr. & rempl. L.C. 1992, ch. 38, art. 2], 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1994), 130 N.S.R. (2d) 61, 367 A.P.R. 61, 88 C.C.C. (3d) 353, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Macdonald siégeant avec jury relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

Philip J. Star, pour l'appelant.

Kenneth W. F. Fiske, c.r., pour l'intimée.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier a été rendu par

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — On November 4, 1991, the accused, Scott Crosby, and his friend, John Rines, allegedly sexually assaulted the complainant, L.R. Crosby appeals, as of right, to this Court on the basis that the trial judge erred in excluding, pursuant to s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, certain prior inconsistent statements made by the complainant. This Court allowed the accused's appeal from the bench, with reasons to follow.

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le 4 novembre 1991, l'accusé, Scott Crosby, et son ami, John Rines, auraient agressé sexuellement la plaignante, L.R. Crosby interjette appel de plein droit devant notre Cour alléguant que le juge du procès a commis une erreur en excluant certaines déclarations antérieures incompatibles de la plaignante en vertu de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Ce pourvoi a été accueilli par la Cour à l'audience, motifs à suivre.

² It should be noted at the outset that this case does not involve any challenge to the constitutionality of s. 276 of the *Code*. The only issue is with regard to the proper application of this provision, which reads as follows:

Il y a lieu de signaler au départ que l'appelant ne conteste aucunement la constitutionnalité de l'art. 276 du *Code*. Le litige porte uniquement sur l'application adéquate de cette disposition, ainsi libellée:

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

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

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

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

(b) is less worthy of belief.

b) soit moins digne de foi.

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

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

(a) is of specific instances of sexual activity;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I. Facts and Judgments

The facts and judgments relevant to this appeal may be briefly summarized. Crosby and Rines were tried separately. At Crosby's trial, which is the subject matter of this appeal, the complainant testified that she had been attacked by both men and forced to engage in non-consensual sexual acts with both. By contrast, Crosby testified that the complainant had consented throughout. The defence theory was that the complainant had fabricated the allegation of sexual assault against Crosby and Rines after she was confronted by her parents about her sexual activities. This theory was supported by the fact that the complainant only reported the sexual assault to police after her brother heard rumours of her sexual activities with Crosby and reported them to her parents, who then confronted her about them. The defence submitted that the complainant made up the story that she had been sexually assaulted because she was too embarrassed and ashamed to admit that she consented to sexual activities with two men. The defence did not raise at trial the defence of honest but mistaken belief in consent.

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

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

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

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

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

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

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

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

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce. [Je souligne.]

I. Les faits et les jugements

Les faits et les jugements pertinents pour disposer de ce pourvoi peuvent se résumer ainsi. Crosby et Rines ont eu des procès séparés. Au procès de Crosby, qui fait l'objet du présent pourvoi, la plaignante a témoigné qu'elle avait été agressée par les deux hommes et contrainte à avoir des rapports sexuels avec eux. Crosby a soutenu, au contraire, que la plaignante avait toujours été consentante. Selon la théorie de la défense, la plaignante aurait prétendu avoir été agressée sexuellement par Crosby et par Rines après que ses parents lui eurent reproché ses activités sexuelles. Cette théorie s'appuyait sur le fait que la plaignante n'avait signalé l'agression sexuelle à la police qu'après que son frère ait eu vent de ses rapports sexuels avec Crosby et en eut informé ses parents, lesquels avaient ensuite interrogé la plaignante à ce sujet. Selon la défense, la plaignante aurait inventé cette histoire d'agression sexuelle parce qu'elle était trop troublée et honteuse pour reconnaître qu'elle avait accepté d'avoir des rapports sexuels avec les deux hommes. Au procès, la défense n'a pas soulevé le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement.

4 In a *voir dire* before the commencement of the trial, the defence sought permission from the trial judge to lead evidence or cross-examine the complainant on four different statements, all of which referred in some way to sexual activity other than that which formed the subject matter of the charge, and which thereby triggered s. 276 scrutiny. The trial judge allowed evidence to be led on one of the four statements, and excluded the other three. Crosby was convicted of sexual assault.

Lors d'un *voir-dire* tenu avant le début du procès, la défense a demandé au juge du procès l'autorisation de présenter une preuve ou de contre-interroger la plaignante relativement à quatre déclarations qui se rapportaient chacune, de quelque façon, à une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation, ce qui a déclenché l'examen de l'art. 276. Le juge du procès a autorisé la production d'éléments de preuve à l'égard de l'une des quatre déclarations seulement à l'exclusion des trois autres. Crosby a été reconnu coupable d'agression sexuelle.

5 Crosby appealed to the Nova Scotia Court of Appeal on the basis that the trial judge erred in excluding the evidence of the other three statements. The majority of that court upheld his conviction ((1994), 130 N.S.R. (2d) 61). Hallett J.A., dissenting, would have ordered a new trial on the basis that two of the three excluded statements regarding unrelated sexual conduct were relevant because they tended to prove a motive to fabricate. Crosby appeals as of right to this Court.

Il a interjeté appel devant la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en excluant la preuve afférente aux trois autres déclarations. Cette cour à la majorité a confirmé la déclaration de culpabilité ((1994), 130 N.S.R. (2d) 61). Le juge Hallett, dissident, aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès parce que deux des trois déclarations exclues qui concernaient un comportement sexuel non relié à l'accusation étaient pertinentes du fait qu'elles tendaient à prouver l'existence d'un motif de fabrication. Crosby se pourvoit de plein droit devant notre Cour.

II. Analysis

II. Analyse

(i) *The First Statement*

(i) *La première déclaration*

6 In her original statement to police, the complainant admitted to having engaged in consensual sexual intercourse with Crosby on November 1, 1991, three days before the alleged assault. She also admitted that when she visited Crosby on November 4, she did so with the intention of having sexual intercourse with him again:

Dans sa déclaration initiale à la police, la plaignante a reconnu avoir eu de son plein gré des rapports sexuels avec Crosby le 1^{er} novembre 1991, soit trois jours avant la prétendue agression. Elle a également admis que lorsqu'elle avait rendu visite à Crosby le 4 novembre, elle avait l'intention d'avoir à nouveau des rapports sexuels avec lui:

[TRANSDUCTION]

Q: Had you had sex with Scott before?

Q: Aviez-vous déjà eu des rapports sexuels avec Scott?

A: The Friday night before I did.

R: Oui, le vendredi soir précédent.

Q: Is that the reason you went there on Monday?

Q: Est-ce la raison pour laquelle vous lui avez rendu visite le lundi?

A: Yup.

R: Oui.

Q: Why did you change your mind?

A: Because I didn't feel right with John there and I didn't want to have sex with him. [Emphasis added.]

By contrast, at the preliminary hearing, the complainant testified that she did not visit Crosby on November 4, 1991 with the intention of having sex with him:

Q: O.K. were you hoping to have sex with Scott again that night?

A: No.

There was an apparent inconsistency between these two statements.

Ordinarily, nothing would prevent defence counsel from cross-examining the complainant on an inconsistency which related to her intentions in going to the accused's house on the day of the alleged assault. Material inconsistencies are relevant to the complainant's credibility. Unfortunately for the accused in this case, however, the material inconsistency was inextricably linked in the police questioning to a reference to the earlier, consensual sexual contact between the complainant and the accused. Defence counsel (and apparently the trial judge) thought that it was necessary to place into evidence the actual excerpts from the interview between the complainant and the police.

This created a dilemma. If the actual questions and answers were placed before the jury, then the jury would also have been alerted to the prior sexual activity between the complainant and Crosby on November 1. Relying upon s. 276 of the *Code*, the trial judge therefore prohibited defence counsel from cross-examining the complainant on this entire portion of her original statement made to police. When the complainant was cross-examined at trial, the following exchange occurred between defence counsel and the complainant:

Q: Pourquoi avez-vous changé d'idée?

R: Parce que la présence de John me mettait mal à l'aise et je ne voulais pas devoir coucher avec lui. [Je souligne.]

Par contre, à l'enquête préliminaire, la plaignante a témoigné qu'elle ne s'était pas rendue chez Crosby le 4 novembre 1991 dans l'intention d'avoir des rapports sexuels avec lui:

[TRADUCTION]

Q: D'accord. Espérez-vous avoir encore des rapports sexuels avec Scott ce soir-là?

R: Non.

Il y avait une incompatibilité apparente entre ces deux déclarations.

Généralement, rien n'empêcherait l'avocat de la défense de contre-interroger la plaignante sur l'incompatibilité de ses déclarations quant au but de sa visite à l'accusé le jour de la prétendue agression. Une contradiction importante est pertinente lorsqu'il s'agit d'apprécier la crédibilité de la plaignante. Malheureusement pour l'accusé, cependant, même si elle était importante, la contradiction était inextricablement liée, dans l'interrogatoire mené par les policiers, à la mention de rapports sexuels antérieurs librement consentis entre la plaignante et l'accusé. L'avocat de la défense (et, apparemment, le juge du procès) a cru qu'il était nécessaire de produire en preuve les extraits de l'interrogatoire de la plaignante par la police.

Il en est résulté un dilemme. En effet, s'il prenait connaissance des questions posées et des réponses données lors de l'interrogatoire, le jury serait également mis au courant des rapports sexuels qu'avaient eus la plaignante et Crosby le 1^{er} novembre. S'appuyant sur l'art. 276 du *Code*, le juge du procès n'a donc pas autorisé l'avocat de la défense à contre-interroger la plaignante sur toute cette partie de sa déclaration initiale aux policiers. Lors du contre-interrogatoire de la plaignante au procès, l'échange suivant a eu lieu entre l'avocat de la défense et la plaignante:

Q: Now when you went to Mr. Crosby's home on November 7th, did you want to have sex with Mr. Crosby?

A: November 7th?

Q: Or sorry, November 4th, the day this happened with you and Rines . . .

A: No.

Q: You didn't?

A: No.

As a result of the s. 276 ruling, counsel for the appellant was precluded from pursuing this inconsistency between the complainant's trial testimony and her original statement to the police.

9 With respect, the trial judge erred in excluding this statement, and therefore in preventing defence counsel from cross-examining the complainant on this material inconsistency in her statements.

10 Where the defence of honest but mistaken belief is not realistically advanced by the accused at trial, then evidence of prior, unrelated sexual activity between the complainant and the accused will seldom be relevant to an issue at trial. See *R. v. Dickson* (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A.), aff'd [1994] 1 S.C.R. 153. However, although the defence of honest but mistaken belief in consent was not realistically at issue in the present case, the circumstances were nonetheless somewhat exceptional. In particular, it appears from the transcripts that the only reason the unrelated sexual activity of November 1 was at all implicated was because it was directly referred to by police while posing a question which did, indeed, bear on the sexual activity which formed the subject matter of the charge. The effect of the trial judge's invocation of s. 276 in this case was therefore to exclude otherwise admissible evidence (the complainant's prior statement as to her original intention in going to Crosby's house) by piggybacking it atop otherwise *prima facie* inadmissible evidence (the evidence of the unrelated sexual activity). In my view, it would be unfair for an accused person to be denied access

[TRADUCTION]

Q: Lorsque vous vous êtes rendue chez M. Crosby le 7 novembre, vouliez-vous avoir des rapports sexuels avec lui?

R: Le 7 novembre?

Q: Désolé, le 4 novembre, le jour où cela s'est produit entre Rines et vous. . .

R: Non.

Q: Vous ne vouliez pas?

R: Non.

Vu la décision fondée sur l'art. 276, l'avocat de l'appellant a été empêché de poursuivre plus avant son interrogatoire sur la contradiction entre le témoignage de la plaignante au procès et sa déclaration initiale à la police.

Avec égards, le juge du procès a commis une erreur en excluant cette déclaration et, par conséquent, en empêchant l'avocat de la défense de contre-interroger la plaignante au sujet de cette contradiction importante entre ses déclarations.

Lorsque l'accusé n'invoque pas de façon réaliste au procès le moyen de défense fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement, la preuve que la plaignante et l'accusé ont eu des rapports sexuels non reliés à l'accusation est rarement pertinente à l'égard de la question en litige au procès. Voir *R. c. Dickson* (1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (C.A.T.Y.), conf. par [1994] 1 R.C.S. 153. Cependant, même si le moyen fondé sur la croyance sincère mais erronée au consentement n'a pas été invoqué de façon réaliste ici, les circonstances de l'affaire étaient quand même assez exceptionnelles. Plus particulièrement, il ressort des transcriptions que la seule raison pour laquelle il a été question des rapports sexuels du 1^{er} novembre non reliés à l'accusation était que la police y avait fait directement allusion en posant une question qui, elle, se rapportait à l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation. Le recours à l'art. 276 par le juge du procès a eu pour effet d'exclure un élément de preuve par ailleurs admissible (la déclaration antérieure de la plaignante concernant son intention initiale lorsqu'elle s'est rendue chez Crosby), en le greffant à un élément de preuve par ailleurs irrece-

to evidence which is otherwise admissible and relevant to his defence if the prejudice related to admitting that evidence is uniquely attributable to the authorities' conduct. I do not believe that s. 276 was ever designed or intended to be employed to prevent cross-examination in a situation such as this.

The following remarks by McLachlin J. in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 620-21, are highly pertinent to the interpretation and application of the present version of s. 276 of the *Code*, which that case inspired:

Accepting that the rejection of relevant evidence may sometimes be justified for policy reasons, the fact remains that [former] s. 276 may operate to exclude evidence where the very policy which imbues the section — finding the truth and arriving at the correct verdict — suggests the evidence should be received. Given the primacy in our system of justice of the principle that the innocent should not be convicted, the right to present one's case should not be curtailed in the absence of an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations. What is required is a law which protects the fundamental right to a fair trial while avoiding the illegitimate inferences from other sexual conduct that the complainant is more likely to have consented to the act or less likely to be telling the truth. [Emphasis added.]

Section 276 cannot be interpreted so as to deprive a person of a fair defence. This is not its purpose. This does not mean, of course, that the accused is entitled to the most beneficial procedures possible: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362. Rather, it is evident from the majority's remarks in *Seaboyer* and from the criteria enumerated in s. 276(3) that judges must undertake a balancing exercise under s. 276 that is sensitive to many differing, and potentially conflicting, interests.

In the present case, however, consideration of those factors favoured admission of the complain-

vable à première vue (la preuve des rapports sexuels non reliés à l'accusation). À mon avis, il serait inéquitable qu'un accusé ne puisse avoir accès à un élément de preuve qui, par ailleurs, est admissible et pertinent pour sa défense lorsque le préjudice lié à l'admission de cette preuve est uniquement imputable au comportement des autorités. Je ne crois pas que l'intention du législateur ait été de faire en sorte que l'art. 276 fasse obstacle au contre-interrogatoire en pareil cas.

Les remarques qui suivent formulées par le juge McLachlin dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 620 et 621, sont très pertinentes aux fins de l'interprétation et de l'application du texte actuel de l'art. 276 du *Code*, qui découle de cette affaire:

Si l'on accepte qu'il peut parfois être justifié d'exclure des preuves pertinentes pour des raisons de principe, le fait demeure que l'[ancien] art. 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve dans des cas où le principe même qui sous-tend la disposition — découvrir la vérité et arriver au bon verdict — indiquerait que cette preuve devrait être admise. Étant donné que notre système de justice repose sur le principe qu'une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable, son droit d'exposer sa cause ne devrait pas être restreint en l'absence d'une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraires encore plus importantes. Il faut une règle qui protège le droit fondamental à un procès équitable, mais qui ne permet pas de déduire sans motif légitime que la plaignante, à cause d'un comportement sexuel antérieur, est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte ou moins susceptible de dire la vérité. [Je souligne.]

L'article 276 ne peut être interprété de façon à priver une personne du droit à une défense équitable. Tel n'est pas son objet. Évidemment, il n'en résulte pas que l'accusé ait le droit de bénéficier des procédures les plus favorables qui soient: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362. Il ressort plutôt des observations faites par les juges majoritaires dans l'arrêt *Seaboyer* ainsi que des critères énumérés au par. 276(3) que le juge doit, aux termes de l'art. 276, établir un équilibre entre de nombreux intérêts divergents, voire opposés.

Dans la présente affaire, toutefois, l'examen de ces facteurs favorisait l'admission de la déclaration

ant's earlier statement. The versions told by the complainant and the accused were diametrically opposed in every material respect, and credibility was consequently the central issue at trial. An inconsistency on a material and pertinent issue is highly relevant in such circumstances. The interests of justice, including the right of the accused to make full answer and defence, therefore militated in favour of admitting the evidence (s. 276(3)(a)). So, too, did the fact that there was a reasonable prospect that the evidence would have assisted the jury in arriving at a just determination in the case (s. 276(3)(c)).

antérieure de la plaignante. Comme la version de la plaignante et celle de l'accusé étaient diamétralement opposées sur tous les points importants, la crédibilité était donc l'élément central au procès. Une contradiction à l'égard d'une question importante soulevée par le litige est très pertinente en de telles circonstances. L'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, militait donc en faveur de l'admission de la preuve (al. 276(3)a)), tout comme le fait qu'il existait une possibilité raisonnable que cette preuve aide le jury à parvenir à une décision juste dans cette affaire (al. 276(3)c)).

13

Moreover, under the circumstances, I do not believe that, if the jury had been apprised of the November 1 incident, this would have unduly aroused in them sentiments of prejudice or hostility toward the complainant (s. 276(3)(e)), nor unduly injected into the fact-finding process any discriminatory belief or bias which could not reasonably be mitigated by a cautionary instruction to the jury (s. 276(3)(d)). It is equally significant that, on the scale of potential prejudices to the complainant's personal dignity and right of privacy (s. 276(3)(f)), admission of this particular instance of prior sexual activity was far less prejudicial than could be contemplated in many other circumstances. Finally, the "other factors" mentioned in s. 276(3)(h) require consideration of the fact that it would be unfair for the Crown, by virtue of conduct over which the accused had no control, to render inadmissible certain evidence that would otherwise have been admissible and relevant to the defence of the accused.

En outre, dans ces circonstances, le jury eut-il été informé de l'incident du 1^{er} novembre, je ne crois pas que cela aurait suscité, chez lui, des préjugés indus ou engendré de l'hostilité vis-à-vis de la plaignante (al. 276(3)e)), ni que cela aurait indûment introduit dans le processus de recherche des faits une opinion ou un préjugé discriminatoire qui n'aurait pu raisonnablement être atténué par une mise en garde au jury (al. 276(3)d)). Il importe également de signaler que, dans l'évaluation de l'échelle des risques d'atteinte à la dignité de la plaignante et à son droit à la vie privée (al. 276(3)f)), l'admission de cette preuve de rapports sexuels antérieurs était beaucoup moins préjudiciable qu'elle aurait pu l'être dans bien d'autres cas. Enfin, pour ce qui est des «autres facteurs» visés à l'al. 276(3)h), il faut tenir compte du fait qu'il serait injuste que le ministère public, en raison d'un comportement indépendant de la volonté de l'accusé, obtienne que certains éléments de preuve qui, par ailleurs, auraient été admissibles et pertinents aux fins de la défense de l'accusé, soient déclarés irrecevables.

14

As such, under the circumstances, the judge should have admitted the prior statement on the basis that it had significant probative value on the issue of credibility which was not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. In order to minimize any possible prejudice to the fairness of the trial, however, the admission of this evidence should, of course, be accompanied by a clear warning to the jury that the only significance of

Ainsi, dans les circonstances, le juge aurait dû admettre la déclaration antérieure pour le motif qu'elle avait une valeur probante importante quant à la question de la crédibilité par rapport au risque d'effet préjudiciable de cette preuve sur la bonne administration de la justice. Cependant, afin de réduire au minimum le risque d'atteinte au caractère équitable du procès, l'admission de cet élément de preuve devrait évidemment se doubler d'une mise en garde claire au jury selon laquelle

this evidence is in relation to the effect of the inconsistent statements on the complainant's credibility. The jury must not infer from the unrelated sexual act that the complainant was therefore more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject matter of the charge, or that she is therefore less worthy of belief.

This being said, I must respectfully disagree with Hallett J.A. that the evidence of sexual conduct unrelated to the subject matter of this charge was relevant to the issue of "motive to fabricate". Although "motive to fabricate" was, indeed, the defence's theory, I do not see how evidence about the nature and frequency of sex, either with the accused or with other persons, would advance the "motive to fabricate" defence except in the most unusual of circumstances. By way of illustration only, I would note that such circumstances might arise in the context of a poisoned or acrimonious relationship. See, e.g., *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (Oregon Ct. App., 1976).

I do not see, however, how the evidence of unrelated sexual activity related to "motive to fabricate" in the present case. The manner in which it is sought to be used in this case simply suggests to the jury that the complainant is "loose" and therefore less worthy of belief. This is one of the very stereotypes that s. 276 is intended to address. In *Seaboyer, supra*, at p. 690, I addressed the "Female under Surveillance" myth in the following terms:

Many also argue that the provision does not allow evidence going to show motive to fabricate or bias. Clearly, most such alleged motives or bias will not be grounded in the complainant's past sexual history. Moreover, much of this evidence depends for its relevance on certain stereotypical visions of women; that they lie about sexual assault, and that women who allege sexual assault often do so in order to get back in the good graces of those who may have her sexual conduct under scrutiny.

cette preuve n'a d'importance qu'en ce qui concerne l'effet des déclarations incompatibles sur la crédibilité de la plaignante. Le jury ne doit pas conclure des rapports sexuels non reliés à l'accusation que la plaignante était, par conséquent, plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation ou qu'elle était moins digne de foi.

Cela dit, je ne saurais être d'accord avec la conclusion du juge Hallett voulant que la preuve d'un comportement sexuel non relié à l'accusation était pertinente quant à l'existence d'un «motif de fabrication». Même s'il s'agit de la théorie de la défense, je ne vois pas comment la preuve afférente à la nature et à la fréquence de l'activité sexuelle, soit avec l'accusé, soit avec d'autres personnes, pourrait étayer l'existence d'un «motif de fabrication», sauf dans les circonstances les plus inhabituelles. À la seule fin d'illustrer mon propos, je note que de telles circonstances pourraient exister dans le cadre d'une relation envenimée ou acrimonieuse. Voir, p. ex., *State c. Jalo*, 557 P.2d 1359 (C.A. Oregon, 1976).

Cependant, je ne vois pas comment, dans la présente affaire, la preuve de rapports sexuels non reliés à l'accusation était pertinente quant à un «motif de fabrication». La façon dont on tente d'utiliser la preuve ici laisse simplement entendre au jury que la plaignante est «de mœurs faciles» et donc, moins digne de foi. C'est l'un des stéréotypes que l'art. 276 est censé contrer. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 690, je traite du mythe de la «femme sous surveillance» dans les termes suivants:

On prétend également que la disposition ne permet pas de présenter des preuves établissant l'existence d'un motif de fabrication ou d'un préjugé. De toute évidence, la plupart de ces prétendus motifs ou préjugés ne trouveront pas leur fondement dans le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Par ailleurs, la pertinence de la plupart de ces éléments de preuve repose sur certaines visions stéréotypées des femmes, savoir qu'elles mentent au sujet d'une agression sexuelle et qu'elles allèguent souvent la perpétration d'une agression sexuelle pour se racheter aux yeux de ceux qui peuvent surveiller de près leur comportement sexuel.

Thus, although the defence's fabrication theory may, in light of the other evidence, have had a factual basis, the appellant did not show how the evidence of the unrelated sexual acts was, itself, in any way probative of that defence. In fact, if the evidence had been used in that manner under these circumstances, it would have visited a very substantial prejudice both upon the complainant and upon the administration of justice. It quite properly did not form the basis of the trial judge's decision with respect to any of the contested statements.

(ii) *The Second Statement*

The defence sought to cross-examine the complainant on an inconsistent statement in relation to sexual touching (the extent of which is unclear) with Rines a few hours prior to the alleged sexual assault on November 4. The complainant had told police that Rines had made some unwanted sexual overtures to her while Crosby was away. In relating these events, she had originally told police that Rines had lain beside her while trying to feel her breasts. By contrast, at the preliminary hearing, she indicated that he had "sort of" lain down on top of her.

The trial judge was correct in excluding the evidence of this inconsistency. The purported inconsistency did not relate in any way to the activity which formed the subject matter of the charge. Moreover, even when viewed together with the other inconsistencies in the complainant's testimony, it was so minor and so ancillary as to fail to be capable of undermining in any meaningful way her credibility. Furthermore, for the reasons outlined above, evidence of the unwanted sexual touching also did not relate in any way to a "motive to fabricate". The impugned evidence therefore did not have significant probative value of any issue that was relevant at trial, as required by s. 276(2) of the *Code*.

Par conséquent, bien que la théorie de la défense concernant l'existence d'un motif de fabrication puisse, compte tenu des autres éléments de preuve, avoir un fondement factuel, l'appelant n'a pas montré comment la preuve de rapports sexuels non reliés à l'accusation avait, comme telle, quelque valeur probante relativement à ce moyen de défense. En fait, si la preuve avait été utilisée de cette manière dans les circonstances, elle aurait été très préjudiciable à la fois à la plaignante et à l'administration de la justice. Le juge du procès a eu tout à fait raison de ne pas se fonder sur cet élément de preuve pour rendre sa décision concernant l'une ou l'autre des déclarations contestées.

(ii) *La deuxième déclaration*

La défense a cherché à contre-interroger la plaignante relativement à une déclaration incompatible portant sur des attouchements sexuels (dont l'étendue demeure indéterminée) auxquels se serait livré Rines quelques heures avant la prétendue agression sexuelle du 4 novembre. La plaignante avait dit à la police que Rines lui avait fait des avances sexuelles importunes pendant que Crosby était absent. En relatant ces incidents, elle avait initialement dit aux policiers que Rines s'était étendu à côté d'elle tout en essayant de lui toucher les seins. Par contre, à l'enquête préliminaire, elle a dit qu'il s'était «en quelque sorte» étendu sur elle.

Le juge du procès a eu raison d'exclure la preuve afférente à cette contradiction, qui ne se rapportait aucunement à l'activité à l'origine de l'accusation. De plus, même si on la considère de pair avec les autres contradictions relevées dans le témoignage de la plaignante, elle est si insignifiante et si accessoire qu'elle n'était pas susceptible de miner véritablement sa crédibilité. De plus, pour les motifs énoncés précédemment, la preuve des attouchements sexuels importuns ne se rattachait pas non plus, de quelque façon, à l'existence d'un «motif de fabrication». L'élément de preuve contesté n'avait donc pas une grande valeur probante à l'égard de quelque question en litige au procès, comme l'exige le par. 276(2) du *Code*.

(iii) *The Third Statement*

The defence sought to lead evidence that after the alleged sexual assault, the complainant supposedly told Crosby and Rines that she had engaged in group sex on prior occasions. The defence maintained that this statement was indicative of the complainant's state of mind after the sexual activity, and therefore probative of the fact that she had actually consented. The complainant denied at all times having said this. In my view, the trial judge was quite correct in refusing to permit the defence to lead any such evidence. The accused had ample opportunity to testify as to the complainant's conduct after the alleged assault. Introduction of this alleged statement did not add significantly to the relevant issue sought to be advanced by the defence at trial and, even if it did, its probative value was, under the circumstances, substantially outweighed by the danger of prejudice to the administration of justice.

III. Conclusion and Disposition

The Crown advances no s. 686(1)(b)(iii) argument, and I must say that I do not think that this would be an appropriate case in which to invoke that curative proviso. Credibility was the key issue in the trial. Under the circumstances, I believe that there was a reasonable possibility that the verdict would have been different had the accused been permitted to cross-examine the complainant on this material inconsistency in her statements.

Accordingly, the appeal is allowed and a new trial is ordered.

The reasons of Sopinka, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

SOPINKA J. — I agree with the reasons for judgment of Justice L'Heureux-Dubé with respect to the first and second statements and with the disposition proposed by her. I would, however, also admit the third statement. The following are the relevant passages from the record with respect to this statement:

(iii) *La troisième déclaration*

La défense a tenté de produire des éléments de preuve selon lesquels, après la prétendue agression sexuelle, la plaignante aurait dit à Crosby et à Rines qu'elle avait déjà eu des relations sexuelles en groupe. La défense a soutenu que cette déclaration montrait dans quel état d'esprit se trouvait la plaignante après les rapports sexuels en cause et, par conséquent, tendait à prouver qu'il y avait eu consentement. La plaignante a toujours nié avoir tenu de tels propos. Selon moi, le juge du procès a eu tout à fait raison de ne pas permettre à la défense de présenter cet élément de preuve. L'accusé a pu témoigner amplement au sujet du comportement de la plaignante après la prétendue agression. La production de cette prétendue déclaration n'était pas substantiellement la thèse soutenue par la défense au procès et, même si tel avait été le cas, le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice, dans les circonstances, l'emportait sensiblement sur sa valeur probante.

III. Conclusion et dispositif

Le ministère public ne fait valoir aucun argument fondé sur le sous-al. 686(1)(b)(iii), et j'estime qu'il ne s'agit pas d'un cas où il serait opportun d'invoquer cette disposition réparatrice. La crédibilité était la principale question en litige au procès. Dans les circonstances, j'estime qu'il y avait une possibilité raisonnable que le verdict eut été différent si l'accusé avait été autorisé à contre-interroger la plaignante relativement à cette contradiction importante dans ses déclarations.

En conséquence, le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Version française des motifs des juges Sopinka, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE SOPINKA — Je souscris aux motifs du juge L'Heureux-Dubé relativement à la première et à la deuxième déclarations, ainsi qu'au dispositif qu'elle propose. Cependant, je serais d'avis d'admettre la troisième déclaration. Les passages suivants sont extraits du dossier et portent sur cette déclaration:

19

20

21

22

Mr. Murphy [counsel for the accused] With respect to the statement that she made, that she had multiple partners, she made this statement while she was in the presence of the accused, I guess at the very time or during or after the sexual contact. If it is true that she made that statement, I believe that's for the jury to determine. Then it is certainly relevant with respect to actual consent, so if they had a sexual encounter and she stated — and they asked her whether she had had sex with multiple partners before and she said, yes I had, then she's practically — she's giving consent or indicating her consent.

...

Mr. Murphy Uh, after we finished having sex, or after the sex they had the conversation, they questioned her and she indicated she had done it, so we're not attempting to prove that it actually happened, simply the fact that she said it, I would submit, goes to consent. You wouldn't say that to someone who had just raped you, that yes, I've done this before with other guys. And we're not attempting to introduce it to prove she had, in fact, done it, just that she said it, 'cause the very fact that she said it, well that goes to her — indicates that she consented on the night in question, if the jury believes the accused over the complainant.

[TRADUCTION] **M. Murphy** [avocat de l'accusé] En ce qui concerne la déclaration qu'elle a faite, voulant qu'elle ait eu des partenaires multiples, elle a fait cette déclaration en présence de l'accusé, j'imagine au moment même où il y a eu rapports sexuels, ou pendant ou après ceux-ci. À mon avis, il appartient au jury de déterminer si elle a véritablement fait cette déclaration. Dans ce cas, elle est certainement pertinente quant au consentement véritable; alors s'ils ont eu des rapports sexuels et qu'elle a déclaré — et s'ils lui ont demandé si elle avait eu des rapports sexuels avec des partenaires multiples auparavant et qu'elle a répondu oui, alors elle a pour ainsi dire — elle donne son consentement, ou indique qu'elle consent.

...

M. Murphy Euh, une fois terminés les rapports sexuels, ou après les rapports sexuels, ils ont eu une conversation, ils l'ont interrogée et elle a indiqué l'avoir fait; nous ne tentons donc pas d'établir que ça s'est vraiment produit, le simple fait qu'elle l'a dit, à notre avis, est pertinent quant au consentement. Vous ne diriez pas une chose pareille à quelqu'un qui vient de vous violer, à savoir qu'effectivement, vous l'avez fait auparavant avec d'autres hommes. Et nous ne tentons pas d'introduire en preuve qu'elle l'a effectivement fait, mais simplement que c'est ce qu'elle a dit, car ce fait même, eh bien, est pertinent quant à son — indique qu'elle était consentante le soir en question, si le jury préfère la version de l'accusé à celle de la plaignante.

23 The ruling on the *voir dire* with respect to this statement was as follows:

The Court ... Any statement made by the complainant, in my view, after the incident cannot be considered to be consent. Even if it were true, that is, even if it were true that the complainant had made such a statement, such a statement cannot amount to a post facto consent. In my view this statement that is, with respect to having had multiple partners before November 4th, 1991 has no probative value. Even if the contents of the statement were true, and perhaps even especially so, it would have no probative value.

This ruling precluded not only cross-examination on the statement but also the evidence of the accused with respect to it.

À la suite du *voir-dire* tenu relativement à cette déclaration, la cour a décidé ce qui suit:

[TRADUCTION] **La Cour** [. . .] À mon avis, toute déclaration de la plaignante après l'incident ne peut être qualifiée de consentement. Même si c'était vrai, même si la plaignante avait véritablement fait cette déclaration, celle-ci ne peut équivaloir à un consentement après coup. À mon avis, cette déclaration, c'est-à-dire sur le fait qu'elle a eu des partenaires multiples avant le 4 novembre 1991, n'a aucune valeur probante. Même si le contenu de la déclaration était véridique, et peut-être même particulièrement dans ce cas, elle n'aurait aucune valeur probante.

Cette décision fermait la porte non seulement au contre-interrogatoire sur la déclaration, mais aussi au témoignage de l'accusé à cet égard.

24 With respect, the trial judge misapprehended the relevance of the evidence. While it is true that con-

En toute déférence, le juge du procès n'a pas bien saisi la pertinence de la preuve. S'il est vrai

sent cannot be given *ex post facto*, a statement made *ex post facto* that there was consent or from which this can be inferred is highly relevant. If the jury accepted the evidence proposed to be tendered, it was capable of supporting the interpretation advanced by counsel for the accused. A reference by the complainant immediately after group sex (allegedly non-consensual) to a previous experience with consensual group sex strongly implies that the complainant is equating the two episodes and that they were both consensual.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Chipman, Fraser, Pink & Nickerson, Yarmouth.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

que le consentement ne peut être donné après coup, la déclaration faite après coup qu'il y a eu consentement, ou de laquelle on peut inférer ce consentement, est fort pertinente. Si le jury avait accepté le témoignage que l'on proposait de présenter, celui-ci aurait pu étayer l'interprétation avancée par l'avocat de l'accusé. Le fait que, immédiatement après avoir eu des rapports sexuels en groupe (auxquels elle allègue ne pas avoir consenti), la plaignante fasse allusion à une expérience antérieure où elle a consenti à avoir des rapports sexuels en groupe implique fortement qu'elle établit un lien entre les deux épisodes et qu'elle a consenti chaque fois.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Chipman, Fraser, Pink & Nickerson, Yarmouth.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.