

Stephen William Osolin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. OSOLIN

File No.: 22826.

1993: June 17; 1993: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Presump-
tion of innocence — Sexual assault — Defence of honest
but mistaken belief in consent — Section 265(4) of
Criminal Code imposing "air of reality" test as thresh-
old to be met before issue of mistaken belief is left to
jury — Whether s. 265(4) infringes s. 11(d) of Canadian
Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code,
R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial by
jury — Sexual assault — Defence of honest but mistaken
belief in consent — Section 265(4) of Criminal Code
imposing "air of reality" test as threshold to be met
before issue of mistaken belief is left to jury — Whether
s. 265(4) infringes s. 11(f) of Canadian Charter of
Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c.
C-46, s. 265(4).*

*Criminal law — Evidence — Cross-examination —
Sexual assault — Medical records — Complainant's
medical records admitted into evidence for limited pur-
pose of determining complainant's competence to testify
— Notation in medical records indicating that complain-
ant was concerned that her attitude and behaviour
might have influenced accused — Trial judge not per-
mitting accused to cross-examine complainant on her*

Stephen William Osolin *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario et le
procureur général du Québec** *Intervenants*

^c RÉPERTORIÉ: R. c. OSOLIN

N^o du greffe: 22826.

1993: 17 juin; 1993: 16 décembre.

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

^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Pré-
sompction d'innocence — Agression sexuelle — Défense
de croyance sincère mais erronée au consentement —
Critère de la «vraisemblance» imposé par l'art. 265(4)
du Code criminel comme condition préliminaire à rem-
plir avant de soumettre au jury la question de la
croyance erronée — L'article 265(4) enfreint-il l'art.
11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? —
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès
avec jury — Agression sexuelle — Défense de croyance
sincère mais erronée au consentement — Critère de la
«vraisemblance» imposé par l'art. 265(4) du Code cri-
minel comme condition préliminaire à remplir avant de
soumettre au jury la question de la croyance erronée —
L'article 265(4) enfreint-il l'art. 11f) de la Charte cana-
dienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C.
(1985), ch. C-46, art. 265(4).*

*Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire —
Agression sexuelle — Dossiers médicaux — Dossiers
médicaux de la plaignante présentés en preuve pour la
seule fin de déterminer son habilité à témoigner — Note
dans les dossiers médicaux indiquant que la plaignante
craignait que son attitude et son comportement aient pu
influencer l'accusé — Contre-interrogatoire de la plai-
gnante sur ses dossiers médicaux refusé à l'accusé par*

medical records to determine "what kind of person the complainant is" — Whether cross-examination should have been permitted for purpose of determining whether there was evidence to support defence of honest but mistaken belief in consent or allegation of fabrication.

Criminal law — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Sexual assault — Interpretation of s. 265(4) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

The accused was charged with sexual assault and kidnapping. On the day of the incident, the complainant, a 17-year-old girl who had been under psychiatric treatment for depression and anxiety, went with two men, D and S, to B's trailer, where they drank beer. Later in the afternoon, the complainant and D, whom she had dated on a few occasions, had consensual intercourse in a wooded area. After D went home, the accused and his friend M arrived at the trailer and left with B to go to a nearby pub while S and the complainant stayed at the trailer and engaged in sexual intercourse. In the evening, M and the accused came back to the trailer. While the accused drove S some distance away, M attempted to have intercourse with the complainant. She testified that she did not consent to his advances and that he prevented her from getting dressed. She managed to get her underpants on as the accused entered the room. He threw her over his shoulder and carried her out to the car. The complainant testified that she resisted leaving the trailer and asked for her clothes but that the accused put her in the back seat of the car and tore off her underpants. M drove them to a cabin 40 miles away and left. The accused pulled her into a bedroom, tied her up and had sexual intercourse with her. Shortly after 3:30 a.m., an RCMP constable found the complainant on the highway. She was screaming and crying. She was taken to the hospital where her medical examination revealed a number of injuries generally more consistent with sexual assault than consensual intercourse. The police also found a pair of torn women's underpants lying on the ground some 20 feet from the trailer.

At trial, the accused testified that the complainant was an eager although not active participant in all the acts leading up to and including sexual intercourse. She only resisted when he tried to shave her pubic area at the cabin. The accused admitted, however, that he "overrode" her complaints about being forced while naked to leave the trailer. Defence counsel sought to cross-

le juge du procès pour déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante» — Le contre-interrogatoire aurait-il dû être permis aux fins de déterminer s'il y avait des éléments de preuve à l'appui de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ou de l'allégation de fabrication?

Droit criminel — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Agression sexuelle — Interprétation de l'art. 265(4) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle et d'enlèvement. Le jour de l'incident, la plaignante, une jeune fille de 17 ans qui avait subi des traitements psychiatriques pour dépression et anxiété, s'est rendue avec deux hommes, D et S, à la roulotte de B, où ils ont bu de la bière. Plus tard dans l'après-midi, la plaignante et D, qu'elle avait fréquenté à quelques reprises, ont eu des rapports sexuels consensuels dans un boisé. Après que D soit rentré chez lui, l'accusé et son ami M sont arrivés à la roulotte et sont repartis avec B pour aller à un bar situé à proximité pendant que S et la plaignante sont restés à la roulotte et ont eu des rapports sexuels. Au cours de la soirée, M et l'accusé sont revenus à la roulotte. Pendant que l'accusé conduisait S plus loin, M a tenté d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante. Elle a témoigné qu'elle n'avait pas répondu à ses avances et qu'il l'avait empêchée de se rhabiller. Elle a réussi à remettre sa culotte au moment où l'accusé est entré dans la chambre. Il l'a soulevée et portée sur son épaule pour l'amener à l'automobile. La plaignante a témoigné avoir résisté à son retrait de la roulotte et avoir dit qu'elle voulait ses vêtements, mais l'accusé l'a déposée sur le siège arrière de l'automobile et a déchiré sa culotte. M les a conduits à un chalet situé à 40 milles de là et est reparti. L'accusé l'a tirée vers une chambre à coucher, l'a attachée et a eu des rapports sexuels avec elle. Peu après 3 h 30, un agent de la GRC a trouvé la plaignante sur la route. Elle criait et pleurait. Elle a été conduite à l'hôpital où son examen médical a révélé que la plaignante avait un certain nombre de blessures correspondant davantage à une agression sexuelle qu'à des rapports sexuels consensuels. La police a également trouvé une culotte de femme sur le sol, à une vingtaine de pieds de la roulotte.

Au procès, l'accusé a déclaré que la plaignante était une participante empressée, bien que non active, à tous les actes préliminaires comme aux rapports sexuels. Elle a seulement résisté lorsqu'il a tenté de lui raser les poils du pubis dans le chalet. Toutefois, l'accusé a admis «ne pas avoir tenu compte» des protestations de la plaignante forcée à quitter la roulotte nue. L'avocat de la

examine the complainant on her medical records, specifically on a notation indicating that she was concerned that her attitude and behaviour may have influenced the accused to some extent. He indicated that the cross-examination would be directed toward "what kind of person the complainant is". The trial judge refused to permit the cross-examination, ruling that the records had been admitted into evidence for the limited purpose of determining the complainant's competence to testify and that to use them for any other purpose would be a violation of the complainant's privacy. He also declined to charge the jury with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent. He ruled that in this case there was no "air of reality" to the defence. The accused was found guilty on both counts and his appeal to the Court of Appeal was dismissed. This appeal raises two issues: (1) whether the trial judge erred in restricting the cross-examination of the complainant on her medical records; and (2) whether the "air of reality" test set out in s. 265(4) of the *Criminal Code* violates the accused's rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

(1) *Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records.

(2) Section 265(4) of the *Code* does not violate s. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

Per Cory and Major JJ.: The right to cross-examine witnesses, which is now protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, is fundamental to providing a fair trial to an accused. Despite its importance, the right to cross-examine has never been unlimited and must conform to the basic principle that all evidence must be relevant in order to be admissible. In addition, the probative value of evidence must be weighed against its prejudicial effect. Relevance and probative value must be determined in the context of the purpose for which evidence is tendered. In the context of sexual assaults, this limitation on cross-examination has been recognized to pre-

défense a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux, notamment au sujet d'une note indiquant qu'elle craignait que son attitude et son comportement aient pu influencer l'accusé jusqu'à un certain degré. Il a indiqué que le contre-interrogatoire porterait sur «le genre de personne qu'est la plaignante». Le juge du procès a refusé à l'avocat de la contre-interroger au sujet de cette note, en concluant que les dossiers avaient été communiqués dans le but exprès de déterminer l'habileté de la plaignante à témoigner et que toute autre utilisation constituerait une violation du droit à la vie privée de la plaignante. De plus, il a refusé de soumettre au jury le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement. Il a conclu que le moyen de défense d'erreur de fait n'avait, en l'espèce, aucune «vraisemblance». L'accusé a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation et l'appel qu'il a interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux? et (2) Le critère de la «vraisemblance» établi au par. 265(4) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

(1) *Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le juge du procès a commis une erreur en ne permettant pas le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux.

(2) Le paragraphe 265(4) du *Code* ne viole pas les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

Les juges Cory et Major: Le droit de contre-interroger les témoins qui est maintenant protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, est un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Malgré son importance, le droit de contre-interroger n'a jamais été illimité. Il doit respecter le principe fondamental selon lequel tout élément de preuve doit être pertinent pour être admissible. En outre, la valeur probante de la preuve doit être soupesée en regard de son effet préjudiciable. La pertinence et la valeur probante doivent être déterminées dans le contexte du but visé par la preuve produite. Dans le contexte des agressions sexuelles, on a

vent its use for improper purposes. Both *Seaboyer* and the new s. 276 of the *Criminal Code* suggest the factors which should be considered in limiting the scope of cross-examination of a complainant in a sexual assault trial. Sections 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative, should also be taken into account in determining the reasonable limitations. Generally, a complainant may be cross-examined for the purpose of eliciting evidence relating to consent and pertaining to credibility when the probative value of that evidence is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice which might flow from it. Cross-examination for the purpose of showing consent or impugning credibility which relies upon groundless rape myths and fantasized stereotypes is improper and should not be permitted. The trial judge must consider all of the evidence presented at the *voir dire* to determine if there is a legitimate purpose for the proposed cross-examination. In each case he must carefully balance the accused's right to a fair trial against the need for reasonable protection of a complainant. If at the conclusion of the *voir dire* the cross-examination is permitted then the jury must be advised as to the proper use that can be made of the evidence derived from the cross-examination. Here, the privacy of the complainant is an interest that merits protection, as does the need for a relationship of confidence between a patient and her psychiatrist, but the cross-examination on the complainant's medical records, within the guidelines outlined, should have been permitted to ensure a fair trial and to avoid a miscarriage of justice. While the trial judge was correct in refusing to permit cross-examination for the purpose of determining "what kind of person the complainant is", it was the trial judge's duty to ensure that the accused's rights with regard to cross-examination were protected. It would have been appropriate to permit cross-examination on the medical records, in particular the notation, to determine if they would throw any light either on a possible motive for the complainant's allegation that she was the victim of sexual assault or with regard to her conduct which might have led the accused to believe that she was consenting to sexual advances. There was thus a proper purpose for permitting cross-examination on the medical records. The denial of the opportunity to cross-examine on these records, and the impossibility of ascertaining what might have been the result of the cross-examination, make it necessary to order a new trial.

reconnu que cette restriction au contre-interrogatoire évite qu'il ne serve à des fins indues. L'arrêt *Seaboyer* et le nouvel art. 276 du *Code criminel* mentionnent les facteurs qu'il faudrait prendre en considération pour limiter la portée du contre-interrogatoire d'un plaignant dans un procès pour agression sexuelle. Même s'ils ne sont pas déterminants, les articles 15 et 28 de la *Charte*, qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes, devraient être pris en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables. En général, un plaignant peut être contre-interrogé dans le but de faire ressortir des éléments de preuve portant sur le consentement et sur la crédibilité lorsque la valeur probante de cette preuve l'emporte sensiblement sur le risque qu'il en découle un préjudice inéquitable. Le contre-interrogatoire qui se fonde sur des mythes sans fondement sur le viol et sur des stéréotypes fantaisistes afin de démontrer qu'il y a eu consentement ou d'attaquer la crédibilité est abusif et ne devrait pas être autorisé. Le juge du procès doit prendre en considération toute la preuve présentée au voir-dire afin de déterminer si le contre-interrogatoire proposé vise une fin légitime. Dans chaque affaire, il doit établir un équilibre délicat entre le droit de l'accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant. Si, au terme du voir-dire, le contre-interrogatoire est autorisé, le jury doit recevoir des directives sur la façon adéquate d'utiliser la preuve tirée du contre-interrogatoire. En l'espèce, la vie privée de la plaignante est un intérêt qui mérite d'être protégé, au même titre que la relation de confiance entre un patient et son psychiatre, mais le contre-interrogatoire sur les rapports médicaux de la plaignante, fait conformément aux lignes directrices établies, aurait dû être autorisé afin d'assurer un procès équitable et d'éviter une erreur judiciaire. Bien que le juge du procès ait eu raison de refuser d'autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire pour déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante», il lui incombait de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire étaient protégés. Le juge du procès aurait dû autoriser le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux, particulièrement sur la note, pour déterminer s'ils pouvaient jeter une lumière nouvelle soit sur un motif qu'aurait pu avoir la plaignante de prétendre avoir été victime d'une agression sexuelle, soit sur un aspect de sa conduite qui aurait pu porter l'accusé à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles. Il existait donc un motif valable pour que soit autorisée la tenue d'un contre-interrogatoire sur les rapports médicaux. En raison du refus de donner à l'accusé la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire au sujet de ces dossiers et de l'impossibilité de déterminer quel aurait pu être le résultat, il est nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Section 265(4) of the *Code* simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences: a defence should not be put to the jury if a reasonable jury properly instructed would have been unable to acquit on the basis of the evidence tendered in support of that defence. In other words, there must be evidence sufficient to give an air of reality to the defence before it can be left with the jury. It is the trial judge who determines if there is sufficient evidence adduced to give rise to a defence. The defence of honest but mistaken belief in consent in a sexual assault trial must meet the same threshold requirement as that demanded of all defences. There must be evidence that gives an air of reality to the accused's argument that he believed the complainant was consenting before the issue goes to the jury. There is no requirement that there be evidence independent of the accused. What is required is that the defence be supported by evidence beyond the mere assertion of a mistaken belief. The defence of honest but mistaken belief in consent can realistically only arise when the accused and the complainant tell essentially the same story and then argue that they interpreted it differently. Where the evidence given is directly opposed as to whether there was consent, the defence simply cannot exist. However, even in the absence of the defence, the jury will nonetheless be bound to acquit if it has a reasonable doubt as to whether there was consent in light of the conflicting evidence on the issue. In this case, the Court of Appeal correctly held that the trial judge erred in finding that the defence of honest but mistaken belief in consent was unavailable on the basis of the accused's evidence alone. However, it erred in finding that there could be no air of reality to the defence on the basis that the complainant had been kidnapped by the accused since there had not been a previous or separate conviction on the kidnapping charge. The *mens rea* for the kidnapping charge and that for the sexual assault were so closely connected as to be inseparable. The kidnapping could therefore not be used as the basis for rejecting the defence. As there must be a new trial to allow for a cross-examination on the medical records, it would be inappropriate to discuss whether there was sufficient evidence to justify putting the defence to the jury in light of the fresh evidence that may be forthcoming.

Le paragraphe 265(4) du *Code* établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense, à savoir qu'il n'y a pas lieu de soumettre un moyen de défense au jury si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées n'aurait pas été en mesure d'acquitter l'accusé à partir de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense. En d'autres termes, il doit y avoir une preuve suffisante pour appuyer la vraisemblance du moyen de défense avant qu'il ne soit soumis au jury. C'est le juge du procès qui détermine si l'on a produit une preuve suffisante pour appuyer le moyen de défense. La défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans un procès pour agression sexuelle doit satisfaire à la même exigence préliminaire que celle qui s'applique à tous les moyens de défense. Pour que la question soit soumise au jury, il doit exister des éléments de preuve qui rendent vraisemblable l'argument de l'accusé selon lequel il croyait que la plaignante donnait son consentement. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante de l'accusé. Il faut que la défense de la croyance erronée soit étayée par une preuve qui va plus loin que la seule affirmation en ce sens. De façon réaliste, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne peut être soulevée que lorsque les faits décrits par le plaignant correspondent essentiellement à ceux qui sont décrits par l'accusé et lorsqu'ils soutiennent qu'ils les ont interprétés différemment. Lorsque les témoignages sur l'existence d'un consentement sont directement contraires, la défense n'existe tout simplement pas. Toutefois, même en l'absence de cette défense, le jury doit prononcer un acquittement si, à la lumière de la preuve contradictoire sur ce point, il a un doute raisonnable quant à savoir s'il y a eu consentement. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne pouvait être soulevée sur le seul fondement du témoignage de l'accusé. Elle a par contre commis une erreur en concluant que ce moyen de défense ne pouvait avoir aucune vraisemblance parce que la plaignante avait été enlevée par l'accusé, étant donné qu'il n'y a pas eu de déclaration antérieure ou distincte de culpabilité sous le chef de l'enlèvement. La *mens rea* de l'infraction d'enlèvement et celle de l'agression sexuelle étaient tellement liées qu'elles étaient inséparables. L'enlèvement ne pouvait donc servir de motif pour rejeter la défense. Comme il doit y avoir un nouveau procès pour permettre un contre-interrogatoire à l'égard des dossiers médicaux, il ne serait pas indiqué d'examiner si la preuve était suffisante pour que la défense soit soumise au jury étant donné la possibilité que surgissent de nouveaux éléments de preuve.

Section 265(4) of the *Code* does not infringe s. 11(d) of the *Charter*. While the air of reality threshold in s. 265(4) creates an evidentiary burden on the accused, in the sense that he must raise sufficient evidence to give the defence an air of reality to justify its presentation to the jury, the burden of proving all the elements of the offence beyond a reasonable doubt rests squarely with the Crown. All criminal defences must meet a threshold requirement of sufficient evidence before the trial judge should leave them with a jury. This does not violate the presumption of innocence. Nor does s. 265(4) infringe s. 11(f) of the *Charter*. The requirement that there be an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent is reasonable and entirely valid. It is only a reaffirmation of an integral part of the judge's role in supervising a jury trial. Whether there is sufficient evidence to raise a defence is a question of law, and therefore is properly in the domain of the judge. There was consequently no violation of the accused's right to a trial by jury.

Per Iacobucci J.: Cory J.'s reasons were agreed with; however, no comment was expressed on the new s. 276 of the *Criminal Code*.

Per Sopinka J.: Cory J.'s reasons were agreed with, subject to the following reservations. First, no comment was expressed on the new s. 276 of the *Criminal Code*. Second, with respect to the defence of honest but mistaken belief, s. 265(4) of the *Code* sets out the basic requirements applicable to all defences. It requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly instructed could acquit. The addition of the term "air of reality" does not help in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence and may only create confusion. Third, the defence of honest but mistaken belief is not excluded when the complainant and the accused relate diametrically opposed versions of what occurred. To exclude the defence in these circumstances would rest on the questionable assumption that either the accused's or the complainant's story is a complete account of what occurred. In assessing the evidence of a witness, it is not an all-or-nothing proposition. The jury may accept only some of what a witness said, and reject the rest.

Le paragraphe 265(4) du *Code* n'enfreint pas l'al. 11(d) de la *Charte*. Même si le critère préliminaire de la vraisemblance établi au par. 265(4) crée une charge de présentation qui incombe à l'accusé, en ce sens que celui-ci doit soulever une preuve suffisante pour donner au moyen de défense une vraisemblance justifiant qu'il soit soumis au jury, il n'en demeure pas moins que la charge de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable repose clairement sur la poursuite. Tous les moyens de défense contre des accusations pénales doivent satisfaire à l'exigence préliminaire de la preuve suffisante pour que le juge du procès les soumette au jury. Cela ne viole pas la présomption d'innocence. Le paragraphe 265(4) n'enfreint pas non plus l'al. 11(f) de la *Charte*. L'obligation de prouver la vraisemblance de la défense de croyance erronée au consentement est raisonnable et complètement valide. Elle n'est que la réaffirmation d'une partie intégrante du rôle du juge en matière de contrôle du procès avec jury. La question de savoir s'il y a une preuve suffisante pour que soit soulevée la défense est une question de droit, qui relève donc de la compétence du juge. Il n'y a donc eu aucune violation du droit de l'accusé à un procès avec jury.

Le juge Iacobucci: Les motifs du juge Cory sont acceptés, mais aucun commentaire n'est fait au sujet du nouvel art. 276 du *Code criminel*.

Le juge Sopinka: Les motifs du juge Cory sont acceptés sous réserve des observations suivantes. Premièrement, aucun commentaire n'est fait au sujet du nouvel art. 276 du *Code criminel*. Deuxièmement, pour ce qui est de la défense de croyance sincère mais erronée, le par. 265(4) du *Code* établit les critères fondamentaux applicables à tous les moyens de défense. Il n'exige rien de plus de l'accusé qu'il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l'acquittement. L'addition du mot «vraisemblance» ne facilite pas la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense et ne peut qu'embrouiller la question. Troisièmement, le moyen de défense de croyance sincère mais erronée n'est pas exclu lorsque le plaignant et l'accusé donnent des versions diamétralement opposées de ce qui s'est passé. Écarter le moyen de défense dans ces circonstances s'appuierait sur l'hypothèse douteuse que la version de l'accusé ou celle du plaignant représente la relation complète de ce qui s'est passé. L'évaluation de la déposition d'un témoin n'est pas une affaire de tout ou rien. Le jury peut décider de croire seulement certains éléments de ce que le témoin dit et de ne pas croire le reste.

Per Lamer C.J.: The trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records. The cross-examination was appropriate because it had a proper purpose — namely, to determine whether there was evidence to support a defence of honest but mistaken belief or evidence to support an allegation of fabrication. The denial of the opportunity to cross-examine on the medical records deprived the accused of his right to a fair trial.

With respect to the defence of honest but mistaken belief, Sopinka J.'s reasons were agreed with.

Per La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): Before cross-examination can be allowed on a complainant's prior sexual conduct, the trial judge must determine whether the defence has demonstrated a potential relevance to the cross-examination capable of outweighing the damage and invasion of privacy it might cause to the complainant. To be satisfied that the threshold of relevance is met, the trial judge must ensure that the evidence is tendered for a legitimate purpose, and that it logically supports a defence. Here, the only purpose invoked by the defence for cross-examining the complainant on her medical records was the very sort of improper purpose for which evidence cannot be adduced. The defence's failure to raise a valid reason for the cross-examination was fatal. In our criminal trial system, the trial judge does not have a duty to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored by counsel. Further, even assuming that a court of appeal confronted by an unexplored avenue of cross-examination which might have led to a reasonable doubt as to guilt should direct a new trial to avoid a miscarriage of justice, the accused is not entitled to a new trial in this case on the ground of denial of cross-examination since no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. On the defence theory that the complainant may have fabricated her story to avoid a confrontation with her parents, there was ample evidence before the jury of the difficult relationship between the complainant and her parents and their disapproval of some of her conduct. On the defence of honest but mistaken belief in consent, there was also a great deal of negative evidence before the jury about the complainant's "attitude and behaviour" on the day in question.

Le juge en chef Lamer: Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux. Le contre-interrogatoire était approprié parce qu'il poursuivait un but régulier — savoir, déterminer l'existence d'éléments de preuve à l'appui du moyen de défense de croyance sincère mais erronée ou à l'appui d'une allégation de fabrication de preuve. Le refus de permettre le contre-interrogatoire relativement aux dossiers médicaux a privé l'accusé de son droit de subir un procès équitable.

Les motifs du juge Sopinka sont acceptés en ce qui a trait au moyen de défense de la croyance sincère mais erronée.

Les juges La Forest, Gonthier et McLachlin (dissidents): Avant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur, le juge du procès doit déterminer si la défense a établi que ce contre-interrogatoire a une pertinence qui puisse l'emporter sur le préjudice causé à la plaignante et sur l'atteinte à sa vie privée. Pour pouvoir conclure au respect du critère préliminaire de la pertinence, le juge du procès doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense. En l'espèce, la seule fin invoquée par la défense pour contre-interroger la plaignante sur ses dossiers médicaux est le type même de fin induite pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits. L'absence de motif valide à l'appui de la demande de contre-interrogatoire était fatale. Dans notre système pénal, le juge du procès n'a pas l'obligation de voir à ce que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées par les avocats. De plus, même en supposant que, devant la possibilité qu'une avenue inexplorée de contre-interrogatoire ait pu soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité, le tribunal d'appel doive ordonner la tenue d'un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire, l'accusé n'a pas droit en l'espèce à un nouveau procès fondé sur le refus du contre-interrogatoire puisqu'on ne peut conclure à un tort important ou à une erreur judiciaire grave. Quant à la thèse de la défense concernant la fabrication par la plaignante de sa version pour éviter un affrontement avec ses parents, le jury disposait déjà d'une preuve abondante quant aux relations difficiles existant entre la plaignante et ses parents, qui désapprouvaient certains de ses comportements. Pour ce qui est de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, le jury disposait également d'un grand nombre d'éléments de preuve négatifs concernant «son attitude et son comportement» à ce moment.

Before any defence can be put to the jury, the evidence must provide a basis for that defence. It must have an "air of reality". In order to give an air of reality to the defence of honest but mistaken belief, there must be: (1) evidence of lack of consent to the sexual acts; and (2) evidence that notwithstanding the actual refusal, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting. The bare assertion of the accused that he believed in consent is not enough to raise the defence; the assertion must be supported to some degree by other evidence or circumstances. The supporting evidence may come from the accused or from other sources. The defence of honest but mistaken belief is not precluded where the evidence consists of two diametrically opposed stories, one alleging lack of consent and the other consent. In rare situations, it is possible for a jury to accept parts of the testimonies of both the complainant and the accused, concluding that notwithstanding lack of actual consent, the accused honestly believed in consent. In this case, there was no evidence, from the accused or from some other source, supporting the accused's assertion of honest belief. Finally, the Court of Appeal did not use the kidnapping charge as a ground for rejecting the defence of honest but mistaken belief. It only said that the evidence of confinement robbed that defence of any foundation.

For the reasons given by Cory J., s. 265(4) of the Code does not violate s. 11(d) or 11(f) of the Charter.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): In criminal cases, the defence normally has no access to the medical records of a witness. Medical records evidence is generally completely marginal to the central issue of a trial. Given the fundamental importance placed on the confidentiality of medical records in our society, and the high degree of prejudice to the witness caused by delving into these records, they should only be disclosed in the rare cases when there is cogent evidence to suggest (1) that the competence of the witness to testify is in serious doubt or the witness's testimony with respect to the particular issue to be decided is unreliable because of the witness's medical condition; and (2) that without such disclosure, there would be serious prejudice to the accused's right to make full answer and defence. Mere suggestion, speculation or possibility raised on the part of the defence that such records may be relevant cannot be sufficient. Fishing expeditions should not be permitted. In the event that disclosure is required, the cross-examination on the witness's medical records must be restricted to the purpose for which

Il faut, pour qu'un moyen de défense puisse être soumis au jury, que ce moyen soit étayé par la preuve. Il doit être «vraisemblable». Pour que la défense de croyance sincère mais erronée acquière une «vraisemblance», il faut établir les éléments suivants: (1) la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels et (2) la preuve que, malgré le refus réel de la plaignante, l'accusé a cru sincèrement mais erronément qu'elle était consentante. La simple affirmation que l'accusé croyait au consentement ne suffit pas à donner ouverture au moyen de défense; cette affirmation doit être appuyée dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances. Cet appui peut provenir de l'accusé ou d'autres sources. La défense de la croyance sincère mais erronée n'est pas interdite en présence de deux versions diamétralement opposées, l'une alléguant l'absence de consentement et l'autre le consentement. Dans de rares cas, il est possible que le jury accepte des portions du témoignage du plaignant et de l'accusé et qu'il conclue à la sincérité de la croyance de l'accusé, malgré l'absence de consentement réel. En l'espèce, il n'existait pas de preuve, émanant de l'accusé ou d'autres sources, à l'appui de la croyance sincère qu'a invoquée l'accusé. Enfin, la Cour d'appel ne s'est pas servie de l'accusation d'enlèvement comme motif pour rejeter la défense de la croyance sincère mais erronée. Elle a simplement dit que la preuve de la séquestration dépouillait cette défense de tout fondement.

Pour les motifs donnés par le juge Cory, le par. 265(4) du Code ne viole pas les al. 11(d) ou 11(f) de la Charte.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents): Dans les affaires criminelles, la défense n'a normalement pas accès aux dossiers médicaux des témoins. La preuve fondée sur des dossiers médicaux est généralement tout à fait marginale par rapport à l'enjeu central du procès. Étant donné l'importance primordiale que notre société accorde à la confidentialité des dossiers médicaux et le grave préjudice que cause au témoin le fait de fouiller dans ces dossiers, ils ne devraient être divulgués que dans de rares cas, s'il existe une preuve forte (1) qu'un doute sérieux plane sur l'habileté du témoin à témoigner ou que son témoignage sur un point particulier est peu fiable en raison des troubles médicaux dont il souffre, et (2) que, sans cette divulgation, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière subirait un grave préjudice. Le simple fait que la défense évoque la pertinence possible de ces dossiers ou émet des hypothèses à cet égard ne saurait suffire. Les recherches à l'aveuglette ne doivent pas être autorisées. Lorsque la divulgation est requise, le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux du témoin doit être restreint à la

they were introduced. Even when the records contain information that is relevant to other issues to be decided, cross-examination on such information should, except in extraordinary cases, nonetheless remain impermissible. Trial judges possess the undoubted discretion to both exclude evidence and limit cross-examination on matters which, although arguably relevant to the issue, are outweighed by their potential to prejudice the trial of the issue. Particularly in the case of complainants in sexual assault trials, there is a serious risk that such information will be used to draw impermissible inferences and encourage the trier of fact to rely on myths about the credibility of sexual assault victims to the prejudice of both the witness and the trial process. Here, the complainant's medical records should not have been disclosed to the accused and admitted into evidence. There was no evidence that the complainant was incapable of giving reliable testimony in general, let alone reliable testimony as to the particular issue to be decided — the issue of consent — or that the complainant was in fact suffering from a condition that would affect her capacity to give reliable testimony. However, once the medical records were disclosed, the trial judge was correct in restricting the purposes for which they could be used and in concluding that the privacy of the complainant was an important value which should play a role in determining the scope of the use of the medical records.

The accused was not denied the opportunity to make full answer and defence because he was unable to cross-examine the complainant on her medical records, including the notation. The material in these records was not relevant to the issue of her consent to the sexual assault. On that issue, the jury already had the benefit of the complainant's direct testimony as to the events themselves and the absence of her consent. She was also cross-examined extensively on this point. There was thus no need to resort to the medical records. On the issue of the accused's honest but mistaken belief in consent, the complainant's thoughts about the sexual assault after the fact are completely irrelevant. The defence normally only arises where the complainant and the accused tell essentially the same story about what occurred but differ in their interpretations as to whether the activity in question amounted to consent. In this case, any mistake of perception or interpretation that might have existed was a matter located solely in the accused's mind. Finally, the material in the medical records concerning the complainant's relationship with

fin pour laquelle ils ont été introduits en preuve. Même lorsque les dossiers renferment des renseignements pertinents pour les questions à trancher, le contre-interrogatoire sur ces renseignements devrait néanmoins, sauf cas exceptionnels, demeurer interdit. Le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire indubitable d'exclure des éléments de preuve et de restreindre le contre-interrogatoire sur des points qui, en dépit de leur pertinence alléguée, pourraient s'avérer préjudiciables eu égard à la question à trancher. En particulier dans le cas des plaignants dans les procès pour agression sexuelle, il existe un risque sérieux que de tels renseignements soient utilisés pour en inférer des conclusions inadmissibles et encourager le juge des faits à juger de la crédibilité des victimes d'agression sexuelle à partir de mythes, au préjudice tant du témoin que du déroulement du procès. En l'espèce, les dossiers médicaux de la plaignante n'auraient pas dû être communiqués à l'accusé et admis en preuve. Rien dans la preuve n'indiquait que la plaignante était incapable de donner un témoignage fiable en général et encore moins, quant à la question précise à trancher — la question du consentement — ou que la plaignante souffrait, dans les faits, d'un trouble susceptible d'affecter son aptitude à rendre un témoignage fiable. Toutefois, comme les dossiers médicaux avaient été communiqués, le juge du procès était fondé à restreindre les fins pour lesquelles ils pouvaient être utilisés et à conclure que la vie privée de la plaignante constituait une valeur importante dont il fallait tenir compte dans la détermination du champ d'utilisation des dossiers médicaux.

L'accusé n'a pas été privé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière parce qu'il n'a pu contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux, y compris la note. Les informations que renfermaient ces dossiers n'étaient pas pertinentes quant à la question du consentement à l'agression sexuelle. Sur cette question, le jury disposait déjà du témoignage direct de la plaignante sur les événements eux-mêmes et son absence de consentement. Elle a subi à ce sujet un contre-interrogatoire serré. Il n'y avait donc nul besoin de recourir aux dossiers médicaux. Quant à la question de la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement, les pensées qu'a pu avoir après le fait la plaignante au sujet de l'agression sont dépourvues de toute pertinence. La défense n'est normalement soulevée que lorsque la plaignante et l'accusé racontent essentiellement la même version mais que leur interprétation diverge quant à savoir si l'activité en cause équivalait à un consentement. En l'espèce, toute erreur de perception ou d'interprétation existait uniquement dans la tête de l'accusé. Enfin, les informations contenues dans les dos-

her parents was not relevant to the issue of whether she was sexually assaulted. In any event, the jury was already aware of the complainant's difficulties with her parents and the theory of the defence that she invented the story of the assault to avoid repercussions with her parents. It is obvious that the proposed cross-examination to determine "what kind of person the complainant is" would have been highly prejudicial. Its purpose was to attack the complainant's credibility in a general way by putting before the jury every difficulty in her personal life in the hope that they would then draw negative inferences about her character and credibility. Cross-examination for this purpose is clearly impermissible. These are precisely the inferences based upon rape myths which work to the prejudice of complainants in sexual assault cases and which Parliament, in enacting s. 276 of the *Code*, has attempted to prevent. Furthermore, the proposed cross-examination could only have prejudiced the trial by distracting the jury from the narrow issue of consent.

The trial judge was correct in not putting the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. In the circumstances of this case, there was no air of reality to the defence. While it was open to the jury to disbelieve the complainant and either believe or have a reasonable doubt as to the testimony of the accused, the jury was obliged to reach their verdict on the basis of the evidence before them. Had the trial judge left the defence with the jury, he would have been inviting them to speculate on yet a third version of events wholly unsupported by the evidence of either party. To do so would have been an error on the part of the trial judge.

For the reasons given by Cory J., s. 265(4) of the *Code* does not violate s. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

The reasons of McLachlin J. were substantially agreed with.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; **referred to:** *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275; *R. v. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142; *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119; *R. v. Lindlau* (1978), 40

siers médicaux au sujet des relations de la plaignante avec ses parents n'étaient pas pertinentes quant à la question de savoir si elle a été agressée sexuellement. À tout événement, le jury était déjà au courant des difficultés qu'avait la plaignante avec ses parents et de la thèse de la défense voulant qu'elle ait inventé l'histoire de l'agression pour éviter leurs reproches. Il est évident que le contre-interrogatoire proposé afin de déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante» aurait été fortement préjudiciable. Il visait à contester la crédibilité générale de la plaignante en soumettant aux jurés toutes les difficultés auxquelles elle s'était heurtée dans sa vie personnelle, dans l'espoir qu'ils en tireraient des conclusions négatives sur sa moralité et sa crédibilité. Un contre-interrogatoire mené à cette fin est manifestement inadmissible. Or, telles sont précisément les inférences fondées sur des mythes qui sont préjudiciables aux victimes d'agression sexuelle et que le législateur s'est efforcé de prévenir, en adoptant l'art. 276 du *Code*. De plus, le contre-interrogatoire proposé n'aurait pu que nuire au procès en détournant l'attention du jury de la question précise du consentement.

Le juge du procès a eu raison de ne pas présenter au jury le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Dans les circonstances de l'espèce, le moyen de défense n'avait aucune vraisemblance. Il était loisible au jury de ne pas croire la plaignante et soit de croire le témoignage de l'accusé, soit d'avoir un doute raisonnable à ce sujet, mais il était tenu de rendre un verdict à partir des éléments de preuve dont il disposait. Si le juge du procès avait soumis ce moyen de défense au jury, il l'aurait ainsi invité à spéculer sur une troisième version des faits qui ne ressortait aucunement de la preuve soumise par l'une ou l'autre des parties. Il aurait ainsi commis une erreur.

Pour les motifs donnés par le juge Cory, le par. 265(4) du *Code* ne viole pas les al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte*.

Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour l'essentiel.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; **arrêts mentionnés:** *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275; *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142; *Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163; *R. c. Lindlau* (1978), 40

C.C.C. (2d) 47; *Titus v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 259; *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. v. Giffin* (1986), 69 A.R. 158; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *R. v. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621; *R. v. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

By Sopinka J.

Referred to: *Lee Chun-Chuen v. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577; *Boran v. Wenger*, [1942] O.W.N. 185; *R. v. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248; *Majcenic v. Natale*, [1968] 1 O.R. 189; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *R. v. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xiii; *R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Toohey v. Metropolitan Police Commissioner, [1965] 1 All E.R. 506; *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242, leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. viii; *R. v. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98; *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

C.C.C. (2d) 47; *Titus c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 259; *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. c. Giffin* (1986), 69 A.R. 158; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621; *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *Lee Chun-Chuen c. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577; *Boran c. Wenger*, [1942] O.W.N. 185; *R. c. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248; *Majcenic c. Natale*, [1968] 1 O.R. 189; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *R. c. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii; *R. c. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Yuill c. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Toohey c. Metropolitan Police Commissioner, [1965] 1 All E.R. 506; *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 3 R.C.S. viii; *R. c. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98; *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38, s. 2.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 11(d), (f), 15, 28.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(4), 276 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 12; rep. & sub. 1992, c. 38, s. 2], 276.1 to 276.4 [en. 1992, c. 38, s. 2], 277 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 13].
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

Authors Cited

- Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94.
- Calgary Herald*, July 16, 1993, p. A12, "Assault Cases: Women's groups seek tighter rein on defence questioning".
- Canada. Report of Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1992.
- Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf).
- Globe and Mail (The)*, July 15, 1993, p. A7, "B.C. psychiatrist refusing to hand over file: Fears releasing confidential therapy data would hurt patient who alleges sex abuse".
- Globe and Mail (The)*, May 15, 1993, p. D3, "Confidentiality: Balancing justice and medical ethics".
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, U.S.A.: Transaction Books, 1983.
- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 11d), f), 15, 28.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4), 276 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 12; abr. & rempl. 1992, ch. 38, art. 2], 276.1 à 276.4 [aj. 1992, ch. 38, art. 2], 277 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 13].
- Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

Doctrines citées

- Bryant, Alan W. «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94.
- Calgary Herald*, July 16, 1993, p. A12, «Assault Cases: Women's groups seek tighter rein on defence questioning».
- Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf).
- Globe and Mail (The)*, July 15, 1993, p. A7, «B.C. psychiatrist refusing to hand over file: Fears releasing confidential therapy data would hurt patient who alleges sex abuse».
- Globe and Mail (The)*, May 15, 1993, p. D3, «Confidentiality: Balancing justice and medical ethics».
- Groupe de travail fédéral-provincial-territorial des procureurs généraux sur l'égalité des sexes dans le système de justice canadien. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1992.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, U.S.A.: Transaction Books, 1983.
- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*, vol. 2. Toronto: The Commission, 1980. ^a

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A (Tillers rev.). Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940. ^b

Williams, John M. "Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597. ^c

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of sexual assault and kidnapping. Appeal allowed and new trial ordered, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting. ^d

John D. McAlpine, Q.C., and *Paul R. Bennett*, for the appellant.

Elizabeth Bennett, for the respondent.

Donna R. Valgardson and *Nancy L. Irving*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Susan Chapman, for the intervener the Attorney General for Ontario. ^e

Jacques Gauvin and *Daniel Grégoire*, for the intervener the Attorney General of Quebec. ^f

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of Justice Cory and concur in his result. ^g

I agree with my colleague that the trial judge erred in refusing to permit cross-examination on the medical records. The cross-examination was appropriate because it had a proper purpose — to determine whether there was evidence to support a ^h

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*, vol. 2. Toronto: The Commission, 1980. ^a

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A (Tillers rev.). Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940. ^b

Williams, John M. «Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*» (1985), 63 *R. du B. can.* 597. ^c

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations d'agression sexuelle et d'enlèvement. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents. ^d

John D. McAlpine, c.r., et *Paul R. Bennett*, pour l'appelant. ^e

Elizabeth Bennett, pour l'intimée. ^f

Donna R. Valgardson et *Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le procureur général du Canada. ^g

Susan Chapman, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario. ^h

Jacques Gauvin et *Daniel Grégoire*, pour l'intervenant le procureur général du Québec. ^h

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à sa conclusion. ⁱ

Comme mon collègue, j'estime que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'autoriser le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux. Le contre-interrogatoire était approprié parce qu'il poursuivait un but régulier — détermi-

defence of honest but mistaken belief or evidence to support an allegation of fabrication. The denial of the opportunity to cross-examine on the medical records deprived the accused of his right to a fair trial.

With respect to the defence of mistaken belief, I am in agreement with my colleague, Justice Sopinka.

Accordingly, I would allow the appeal and order a new trial on the ground that the trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records.

The reasons of La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have had the advantage of the reasons of my colleagues and for the following reasons I do not agree with Cory J.'s reasons nor with his disposition of the appeal. I agree substantially with McLachlin J.'s reasons as well as the result she reaches. However, I wish to deal with additional points as well as different considerations on the points dealt with by my colleagues.

I will discuss the two issues raised in this appeal in the following order. First, does s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights of the accused as guaranteed by s. 11(d) or 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Second, did the trial judge err in restricting the cross-examination of the complainant on her medical records? This second issue raises, in turn, questions concerning the privacy interest in medical records and the particular considerations which surround complainants in sexual assault trials.

ner l'existence d'éléments de preuve à l'appui du moyen de défense de croyance sincère mais erronée ou à l'appui d'une allégation de fabrication de preuve. Le refus de permettre le contre-interrogatoire relativement aux dossiers médicaux a privé l'accusé de son droit de subir un procès équitable.

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d'accord avec mon collègue, le juge Sopinka.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement que le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux.

Les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de mes collègues et, pour les raisons qui suivent, je ne partage pas les motifs du juge Cory non plus que sa conclusion. Je souscris pour l'essentiel aux motifs de Madame le juge McLachlin ainsi qu'au résultat auquel elle arrive. Cependant, je souhaite traiter de certains points additionnels et de considérations différentes sur les points examinés par mes collègues.

Cet appel soulève les deux questions suivantes dont je discuterai dans l'ordre suivant. Premièrement, le par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que garantissent à l'accusé les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux? Cette seconde interrogation soulève, à son tour, des questions concernant le droit à la confidentialité des dossiers médicaux et la situation particulière des plaignants dans les procès pour agression sexuelle.

Constitutionality of Section 265(4) of the *Criminal Code*

On the issue of the constitutionality of s. 265(4) of the *Criminal Code*, I agree with my colleagues' reasons that the section infringes neither s. 11(d) nor s. 11(f) of the *Charter*. The general rule is that defences should not be put to the jury which do not arise on the evidence. As with any defence, this section simply requires that, in the case of assault, there be a factual foundation, or, to put it more colloquially, an "air of reality" to a defence before the trial judge is required to leave it with the jury. Thus, the section conforms completely with normal trial procedure and the interests in ensuring that the jury is not distracted by extraneous matters in the trial of an issue.

As to its relevance in this particular case, in my opinion, the defence of mistaken belief in consent was completely unwarranted given both the evidence and the manner in which the defence was conducted. This case involves, as the trial judge put it, "a straight issue of consent or no consent". The complainant and the appellant each testified as to the events in issue. The evidence of each concerning the events preceding the assault was consistent up to a certain point. Specifically, there is no question that the complainant was taken by the appellant to a cabin 40 miles away in the woods in the winter without her clothes on; nor does the appellant contest that he overrode her objections in doing so.

However, their versions differed completely in respect of consent to sexual relations. The defence proceeded entirely on the basis that the complainant willingly and eagerly consented to sexual relations, not that he may have been mistaken about whether or not she consented. By contrast, the complainant testified that at no time did she consent to the sexual activity in question but had been subject to a series of assaults beginning when the appellant abducted her in a car. This testimony was

La constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel*

Sur la question de la constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel*, je suis d'accord avec mes collègues pour dire que cette disposition ne contrevient ni à l'al. 11d) ni à l'al. 11f) de la *Charte*. La règle générale est à l'effet qu'on ne peut soumettre au jury un moyen de défense qui ne découle pas de la preuve. Or, comme pour tout moyen de défense, cette disposition exige simplement que la défense invoquée en matière d'assauts ait un fondement factuel ou, plus familièrement, un «semblant de vraisemblance» pour que le juge du procès soit tenu de la soumettre au jury. Cette disposition est donc tout à fait conforme à la procédure normale lors d'un procès et elle reconnaît l'importance de faire en sorte que l'attention du jury ne soit pas, sur un point donné, distraite par des considérations extérieures.

En ce qui a trait ici à la pertinence de la défense de croyance erronée quant au consentement, ce moyen était, à mon avis, totalement injustifié eu égard tant à la preuve qu'à la manière dont la défense a été présentée. Comme l'a dit le juge du procès, cette affaire se réduit à [TRADUCTION] «une simple question de consentement ou d'absence de consentement». La plaignante et l'appelant ont tous deux témoigné au sujet des événements en question. Pour ce qui est des événements qui ont précédé l'agression, leurs témoignages sont relativement compatibles. Plus précisément, il ne fait aucun doute que la plaignante a été amenée par l'appelant dans un chalet situé à 40 milles dans le bois, en hiver, sans vêtements; l'appelant ne conteste pas non plus avoir alors fait fi de ses protestations.

Leurs versions, cependant, divergent totalement en ce qui a trait au consentement aux relations sexuelles. L'appelant a fondé sa défense entièrement sur le consentement volontaire et enthousiaste de la plaignante aux relations sexuelles, et non sur la possibilité qu'il ait été induit en erreur quant à savoir si elle consentait ou non. En revanche, la plaignante a déclaré qu'elle n'avait en aucun moment consenti à l'activité sexuelle en cause mais qu'elle avait été l'objet d'une série

corroborated by both physical evidence and the testimony of other witnesses.

By way of example, I shall recount but a portion of the evidence. The complainant testified that her panties had been ripped off her when she was taken away by the appellant in the car; ripped panties were found by the police near where the car had been parked. She testified that she was struck on the head while she was taken into the car and bound by the wrists when she was assaulted; medical evidence confirmed that she had bruises on her wrists and on her head. In addition, the police officer who found her naked by the side of the road at 3:30 a.m. testified that she cried uncontrollably for two hours afterwards and vomited in the police station.

Under these circumstances, there was no air of reality to the defence of mistaken belief in consent. The jury found the appellant guilty of sexual assault. While it was open to the jury to disbelieve the complainant and either believe or have a reasonable doubt as to the testimony of the appellant, the jury was obliged to reach their verdict on the basis of the evidence before them. Had the trial judge left the defence with the jury, he would have been inviting them to speculate on yet a third version of events wholly unsupported by the evidence of either party. To do so would have been an error on the part of the trial judge, subject to review on appeal.

Cross-examination on Medical Records

In this case, there was no challenge to the ability of the complainant to testify at the outset; the trial judge found her "quite capable of testifying" and noted that her competency had never been called into question. Nonetheless, because the appellant was aware that she had a history of hospital admissions for psychiatric problems, he sought an order for the production of the complainant's medical records. The trial judge decided, on the basis of *Toohy v. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506 (H.L.), and *R. v. Hawke*

d'assauts, qui ont débuté lorsque l'appelant l'a enlevée dans une voiture. Ce témoignage a été corroboré tant par des éléments de preuve matériels que par d'autres témoins.

Je ne reprendrai, à titre d'illustration, qu'une partie de la preuve. La plaignante a déclaré dans son témoignage que sa culotte avait été déchirée lorsque l'appelant l'a transportée dans la voiture; une culotte déchirée a été retrouvée par la police près de l'endroit où la voiture avait été stationnée. La plaignante a dit avoir été frappée à la tête au moment où on l'amena dans la voiture et attachée par les poignets au moment de l'agression; la preuve médicale a confirmé qu'elle avait des meurtrissures aux poignets et à la tête. De plus, le policier qui l'a trouvée nue sur le bord de la route à 3 h 30 a témoigné qu'elle a ensuite été en proie à une crise de larmes pendant deux heures et qu'elle a vomi au poste de police.

Dans les circonstances, le moyen de défense de la croyance erronée quant au consentement n'avait aucune vraisemblance. Le jury a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle. Il lui était loisible de ne pas croire la plaignante et soit de croire le témoignage de l'appelant, ou d'avoir un doute raisonnable à ce sujet, mais il était tenu de rendre un verdict à partir des éléments de preuve dont il disposait. Si le juge du procès avait soumis ce moyen de défense au jury, il l'aurait ainsi invité à spéculer sur une troisième version des faits qui ne ressortait aucunement de la preuve soumise par l'une ou l'autre des parties. Il aurait ainsi commis une erreur, qui aurait été sujette à révision en appel.

Le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux

Dans la présente affaire, l'aptitude de la plaignante à rendre témoignage n'a pas été contestée au départ; le juge du procès l'a en effet estimée [TRADUCTION] «tout à fait apte à témoigner» et a souligné que son habilité n'avait jamais été remise en question. Néanmoins, au courant du fait que la plaignante avait déjà été hospitalisée pour des problèmes psychiatriques, l'appelant a fait une requête afin d'obtenir la production de ses dossiers médicaux. Se fondant sur les arrêts *Toohy c. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506

(1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (Ont. C.A.), that in order to permit the accused the opportunity of full answer and defence, the medical records of the complainant should be made available to the defence. This was done for the sole purpose of permitting the defence to attempt to establish that the complainant suffered from a medical or psychiatric condition that rendered her testimony unreliable. Despite free use of the information in the records and the testimony of its own psychiatric expert, the defence was unable to succeed in demonstrating that the complainant was, for this reason, an unreliable witness.

However, having failed at this objective, once in possession of the medical records, the defence then argued that because the records were allowed in, it should be permitted unrestricted cross-examination on them to challenge the credibility of the complainant on the issue of consent. The trial judge refused to allow such cross-examination on the grounds that it would be a violation of the complainant's privacy. The Court of Appeal held that the trial judge had erred in refusing the cross-examination because of the complainant's right to privacy, but dismissed this ground of appeal because it was unable to ascertain the questions that the appellant's counsel intended to ask.

Cory J. is of the view that the trial judge should have permitted cross-examination on the July 9th notation in the medical records for the purpose of determining if there was an air of reality to the appellant's defence of mistaken belief in the complainant's consent.

I totally disagree with my colleague Cory J. on the issue of the cross-examination of the complainant on her medical records, as does my colleague McLachlin J. Furthermore, there is a prior issue which must be addressed: whether the records should have been disclosed to the appellant and admitted into evidence at all in the circumstances. In this case, the Crown has not cross-appealed the order for the production of the complainant's medical records to the appellant, although prior to the disclosure order, counsel argued vigorously before

(H.L.), et *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (C.A. Ont.), le juge du procès a décidé qu'il fallait permettre à la défense d'avoir accès à ces dossiers afin d'assurer à l'accusé son droit à une défense pleine et entière. Cette décision a été prise à la seule fin de permettre à la défense de tenter d'établir que les troubles médicaux ou psychiatriques de la plaignante étaient tels que son témoignage était peu fiable. Or, malgré le libre accès aux renseignements contenus dans les dossiers et le témoignage de son propre expert en psychiatrie, la défense n'a pas réussi à démontrer que la plaignante était, pour ce motif, un témoin peu fiable.

Cependant, n'ayant pas atteint cet objectif mais disposant des dossiers médicaux admis en preuve, la défense a fait valoir qu'elle devrait avoir la possibilité de contre-interroger la plaignante sans restriction à leur sujet afin de contester sa crédibilité sur la question du consentement. Le juge du procès a refusé de permettre un tel contre-interrogatoire au motif qu'il constituerait une violation de la vie privée de la plaignante. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire par respect du droit de la plaignante à la vie privée, mais elle a rejeté ce moyen d'appel parce qu'elle ne pouvait déterminer les questions que l'avocat de l'appelant se proposait de poser.

Le juge Cory est d'avis que le juge du procès aurait dû autoriser le contre-interrogatoire sur la note du 9 juillet figurant dans les dossiers médicaux dans le but de déterminer si le moyen de défense qu'invoquait l'appelant, soit la croyance erronée quant au consentement de la plaignante, était vraisemblable.

Tout comme ma collègue Madame le juge McLachlin, je diffère totalement d'opinion avec mon collègue le juge Cory sur la question du contre-interrogatoire de la plaignante à l'égard de ses dossiers médicaux. De plus, une question préliminaire se pose, soit si, dans les circonstances, les dossiers auraient en premier lieu dû être communiqués à l'appelant et admis en preuve. En l'espèce, le ministère public n'a pas interjeté d'appel incident de l'ordonnance de communication des dossiers médicaux de la plaignante, bien que, avant

the trial judge that they were totally irrelevant and that their use would be highly prejudicial to the complainant and sidetrack the trial of the issue. However, as many of the concerns which I shall outline below are relevant to both the question of disclosure and the scope of cross-examination in the event that disclosure is ordered, I find it unavoidable to address the matter of disclosure to some degree as well in this case.

It must be recalled at the outset that, as is the case with witnesses in any trial, the defence ordinarily has no access to the medical records of the complainant in a sexual assault case. The reason is clear: such information is, in the vast majority of cases, irrelevant to the issue to be determined. As a matter of policy and procedure we do not permit random fishing expeditions and less so into matters that cannot be expected to have any bearing on the trial. Moreover, such an invasion of the privacy of an individual goes against the policy of privileged communications between doctor and patient which some provinces, Quebec in particular, do protect unless a superior interest is at stake.

Thus the question becomes, whether, upon the release of such records, the right of the accused to make full answer and defence entails the right to cross-examine on information generated from medical records that, except for the extraordinary circumstance of a challenge to the competence of a witness or the reliability of her testimony, would be completely unavailable and even unknown to the accused. In my opinion it does not. Moreover, in my view, the starting point to the examination of this question is not the wide ability of the accused to cross-examine the complainant, but, rather, the following two considerations which arise much earlier in the trial process: the fundamental entitlement of us all, guaranteed by s. 8 of

le prononcé de cette ordonnance, le substitut du procureur général ait soutenu avec force devant le juge du procès que ces dossiers n'avaient aucune pertinence, que leur utilisation serait gravement préjudiciable à la plaignante et détournerait l'attention de la question en litige. Étant donné, toutefois, que nombre de préoccupations que je soulèverai plus loin sont pertinentes tant quant à la question de la communication des dossiers médicaux qu'à celle de la portée du contre-interrogatoire une fois la communication ordonnée, il me semble inévitable d'examiner aussi jusqu'à un certain point la question de la divulgation de ces dossiers en l'espèce.

Il faut rappeler dès le départ que, comme c'est le cas pour les témoins dans tout procès, la défense n'a pas ordinairement accès aux dossiers médicaux d'un plaignant dans une affaire d'agression sexuelle. La raison en est évidente: ces renseignements sont, dans l'immense majorité des cas, non pertinents quant à la question à trancher. Comme principe général et règle de procédure, les parties de pêche ne sont pas permises encore moins sur des sujets qui ne paraissent pas susceptibles d'avoir une incidence sur le procès. Qui plus est, pareille intrusion dans la vie privée d'une personne va à l'encontre du principe des communications privilégiées entre un médecin et son patient, principe auquel certaines provinces, le Québec en particulier, assurent une protection, sous réserve d'un intérêt supérieur.

La question est donc de savoir si, advenant la communication des dossiers médicaux, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière emporte le droit au contre-interrogatoire sur des renseignements provenant de ces dossiers qui, n'eussent été les circonstances exceptionnelles de la contestation quant à l'habilité d'un témoin ou à la fiabilité de son témoignage, auraient été totalement inaccessibles à l'accusé, voire lui seraient demeurés inconnus. À mon avis, la réponse doit être négative. De plus, à mon sens, le point de départ de l'analyse n'est pas la large possibilité de l'accusé de contre-interroger le plaignant, mais plutôt les deux considérations suivantes qui se posent beaucoup plus tôt dans le déroulement du procès: le

the *Charter*, to privacy and control over personal information obtained to facilitate medical treatment and the principle that information that is not relevant to an issue is to be excluded.

Hence, the following two interrelated questions must be addressed. First, under what circumstances is disclosure of the psychiatric or medical history of a witness imperative to the interests of justice and the ability of the accused to fully answer the accusations he faces? In other words, when and why are such records relevant? Second, should the use of such information, even if disclosed to the defence, be limited?

In my view, these issues must be examined in light of the general expectation held by society that the privacy interest in information obtained for medical and therapeutic purposes will be respected. First, the existing rules regarding challenges to the competence of witnesses and the reliability of testimony must be examined. Second, one must consider the evidentiary principles governing the admission of evidence and cross-examination. Third, the policy concerns raised by permitting widespread use of medical records must be addressed. Finally, the particular concerns which surround challenges to the credibility of witnesses in sexual assault trials must be confronted.

Analysis

1. *Privacy*

This Court has recognized that the value of privacy is fundamental to the notions of dignity and autonomy of the person (*R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, and *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417). Equally, privacy in relation to personal information and, in particular, the ability to control the purpose and manner of its disclosure, is necessary

droit fondamental, garanti à chacun par l'art. 8 de la *Charte*, au respect de la vie privée et au contrôle des renseignements personnels obtenus aux fins de faciliter un traitement médical, ainsi que le principe de l'exclusion de tout renseignement non pertinent quant à un point en litige.

De là, il faut examiner les deux questions suivantes qui sont étroitement liées. En premier lieu, dans quelles circonstances la divulgation des antécédents psychiatriques ou médicaux d'un témoin s'impose-t-elle dans l'intérêt de la justice et compte tenu du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière aux accusations auxquelles il fait face? En d'autres termes, à quel moment et pour quel motif ces dossiers sont-ils pertinents? En second lieu, lorsque ces renseignements sont communiqués à la défense, y a-t-il lieu d'en restreindre l'utilisation?

À mon avis, ces questions doivent être examinées en regard de l'attente générale de la société quant au respect de la vie privée en ce qui concerne les renseignements obtenus à des fins médicales et thérapeutiques. Premièrement, il faut analyser les règles existantes en matière de contestation quant à l'habilité des témoins et à la fiabilité des témoignages. Deuxièmement, on doit prendre en considération les principes régissant l'admission des éléments de preuve et le contre-interrogatoire. Troisièmement, il faut examiner les craintes que soulève, sur le plan des principes, l'autorisation de faire largement usage des dossiers médicaux. Enfin, il convient de s'attacher aux préoccupations particulières entourant la contestation quant à la crédibilité des témoins dans les procès pour agression sexuelle.

Analyse

1. *Le droit à la vie privée*

Notre Cour a reconnu la valeur fondamentale que revêt le droit à la vie privée eu égard aux notions de dignité et d'autonomie de la personne (*R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, et *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417). De même, la protection de la vie privée en matière de renseignements personnels et, en particulier, quant à la capa-

to ensure the dignity and integrity of the individual. In the words of La Forest J. in *Dyment, supra*, at pp. 429-30, while

[w]e may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, . . . situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected.

We also recognize that it is often important that privacy interests be respected at the point of disclosure if they are to be protected at all, as they often cannot be vindicated after the intrusion has already occurred (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *Dyment*, at p. 430).

The importance of privacy as a fundamental value in our society is underscored by the protection afforded to everyone under s. 8 of the *Charter* "to be secure against unreasonable search or seizure". This value finds expression in such legislation as the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, which restricts the purposes for which information may be used to those for which it was received.

The question of privacy of medical information was extensively discussed in the reasons of La Forest J. in *Dyment, supra*. In that case, La Forest J. noted that the confidentiality of the doctor-patient relationship has long been respected as an important social value. Protection of information is necessary because persons are especially vulnerable in such circumstances; in order to protect their life or health, they are required to reveal information of an intimate character. La Forest J. also observed in *Dyment*, on the basis of the Department of Communications/Department of Justice Task Force report on *Privacy and Computers* (1972), that hospitals have been identified as a specific area of concern in the protection of privacy. As the *Report of the Commission of*

cité de contrôler le but et les modalités de leur divulgation, est indispensable à la dignité et à l'intégrité de l'individu. Pour reprendre les mots du juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430, s'il

peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, [. . .] les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

Nous reconnaissons également qu'il est souvent important de veiller au respect du droit à la vie privée au moment même de la divulgation si l'on veut en assurer la protection, car cela s'avère souvent impossible une fois l'intrusion survenue (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *Dyment*, à la p. 430).

L'importance fondamentale qu'accorde notre société au respect de la vie privée est soulignée par la protection que garantit à chacun l'art. 8 de la *Charte* «contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Cette valeur trouve son expression dans des lois telle la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui restreint les fins auxquelles les renseignements peuvent être utilisés à celles auxquelles ils ont été reçus.

La question du caractère privé des renseignements médicaux a fait l'objet d'un examen approfondi de la part du juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, précité. Dans ses motifs, le juge La Forest a souligné que le caractère confidentiel des rapports entre patient et médecin est depuis longtemps reconnu comme une valeur sociale importante. Il est nécessaire de protéger les renseignements ainsi obtenus parce que les individus sont particulièrement vulnérables en pareilles circonstances: afin de protéger leur vie ou leur santé, ils se voient forcés de divulguer des renseignements intimes. Se fondant sur le rapport du groupe d'étude du ministère des Communications et du ministère de la Justice, intitulé *L'ordinateur et la vie privée* (1972), le juge La Forest a également observé dans l'arrêt

Inquiry into the Confidentiality of Health Information (Ontario 1980) found, in vol. 2, at p. 91, there are concerns that persons in need of medical care might be deterred from seeking valuable and needed treatment if the exchange of information were routine and easily available. Thus, the report concluded that “physicians, hospital employees and other health-care workers ought not to be made part of the law enforcement machinery of the state”. Not only would trust in the administration of justice be undermined by such practices, but so would the effective operation of medical care.

The decision in *Dyment* clearly establishes the commitment of this Court to the value of privacy of medical information. In addition, the Court has also recognized the fiduciary nature of the doctor-patient relationship and the special duties that arise from this relationship of trust and confidence in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, and *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226.

In light of these general principles, the Court has seen fit to protect privacy interests in relation to specific and limited medical activities such as the taking of a blood sample where the interests of the accused are at stake (see *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768). There is no doubt that any attempt by the Crown to conduct a wide-ranging inquiry into the entire medical history of a criminal accused would be met with concerns about prejudice to the accused and irrelevance to the issue at trial.

However, while it was the rights of the accused that were at stake in *Dyment*, as well as in *Dersch*, *supra*, the interest in the privacy of medical records was recognized in the former case as a broad and independent value, separate and distinct from considerations about the fairness of the trial process. Thus, the privacy interest discussed in *Dyment* may be seen as an interest that pertains to all of us which may arise in a number of different

Dyment, que les hôpitaux y ont été considérés comme un sujet de préoccupation spécifique en matière de protection de la vie privée. Selon le *Réport of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (Ontario 1980), vol. 2, à la p. 91, on peut craindre que ceux qui ont besoin de soins médicaux soient dissuadés de chercher à obtenir le traitement voulu si l'échange de renseignements se faisait régulièrement et facilement. Les auteurs de ce rapport concluent que [TRADUCTION] «les médecins, les employés d'hôpitaux et les autres travailleurs de la santé ne doivent pas être intégrés aux mécanismes d'application de la loi de l'État». Non seulement de telles pratiques mineraient-elles la confiance dans l'administration de la justice mais elles nuiraient également à la prestation efficace des soins médicaux.

Notre Cour a clairement établi, dans l'arrêt *Dyment*, la valeur qu'elle attache au caractère privé des renseignements médicaux. Elle a, en outre, reconnu, dans les arrêts *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, et *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, la nature fiduciaire des rapports entre médecin et patient ainsi que les obligations particulières découlant de cette relation de confiance.

Compte tenu de ces principes généraux, la Cour a jugé qu'il convenait de protéger le droit à la vie privée eu égard à certaines activités médicales restreintes, tel le prélèvement d'un échantillon de sang lorsque les intérêts de l'accusé sont en jeu (voir *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768). Il ne fait aucun doute que toute tentative du ministère public de mener une enquête approfondie sur l'histoire médicale complète d'un accusé soulèverait des préoccupations en ce qui a trait au préjudice que celui-ci pourrait subir et à la pertinence de cette enquête quant à la question en litige.

Cependant, bien que l'intérêt en jeu dans l'arrêt *Dyment*, ainsi que dans l'arrêt *Dersch*, précité, ait été les droits de l'accusé, le droit à la confidentialité des dossiers médicaux a été reconnu dans le premier comme une valeur générale et indépendante, distincte des considérations touchant l'équité du procès. Ainsi, le droit à la vie privée examiné dans l'arrêt *Dyment* peut être considéré comme un droit appartenant à chacun d'entre nous,

circumstances. Indeed, it would be odd if the protection of medical records were to be available only to those accused of criminal offences. Such a finding could hardly inspire confidence in the administration of justice. In my opinion, the inescapable conclusion is that the arguments expressed in *Dyment* in respect of privacy interests are equally applicable, if not more compelling, in the case of witnesses called by the Crown in a criminal matter.

Because the trial judge in this case based the disclosure order on the following jurisprudence, I shall next turn to an examination of the rules governing the challenges to the competence and the reliability of witnesses.

2. Competence and Challenges to the Reliability of Testimony

In the present case, the trial judge, relying on the rule in *Toohey, supra*, followed by the Ontario Court of Appeal in *Hawke, supra*, ordered the disclosure of the complainant's records to the appellant in order to permit him to attempt to establish the unreliability of the complainant's testimony.

The basic rule as to challenges to the competency of witnesses is as follows. All witnesses, with the exception of children under a specified age, are presumed competent to testify unless and until found otherwise due to some condition which renders it unsafe for the trier of fact to rely on the testimony. A finding that the witness suffers from a particular mental or psychiatric condition does not necessarily or in itself disqualify a witness; in order to disqualify a witness, the witness's particular condition must be such as to substantially negate the trustworthiness of the evidence on the specific subject.

This issue was canvassed extensively by Dubin J.A. (now C.J.O.) in *Hawke, supra*. As he noted, citing *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2nd ed. 1972), § 45, at p. 93, "a distinction must be made between attacks on competency and

susceptible d'être en cause dans diverses circonstances. Il serait de fait étrange que seules les personnes accusées d'infractions criminelles puissent jouir de la protection de leurs dossiers médicaux. Une telle conclusion pourrait difficilement inspirer confiance dans l'administration de la justice. À mon avis, il s'ensuit inéluctablement que les arguments soulevés dans l'arrêt *Dyment* quant au respect du droit à la vie privée s'appliquent également, sinon plus impérieusement, dans le cas des témoins à charge dans une affaire criminelle.

Étant donné que le juge du procès a fondé son ordonnance de divulgation sur la jurisprudence citée ci-dessous, j'examinerai maintenant les règles applicables en matière de contestation quant à l'habilité et à la fiabilité des témoins.

2. L'habilité à témoigner et la contestation quant à la fiabilité du témoignage

En l'espèce, le juge du procès, se fondant sur la règle énoncée dans l'arrêt *Toohey*, précité, et suivie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hawke*, précité, a ordonné que les dossiers de la plaignante soient communiqués à l'appelant pour lui permettre de tenter d'établir le peu de fiabilité de son témoignage.

La règle fondamentale relative aux contestations de l'habilité d'un témoin est la suivante. Tout témoin, sauf les enfants en deçà d'un certain âge, est présumé habile à témoigner tant qu'il n'est pas jugé inhabile en raison de circonstances telles qu'il serait imprudent pour le juge des faits de se fier à son témoignage. Le fait qu'un témoin souffre de troubles mentaux ou psychiatriques ne le rend pas nécessairement ou intrinsèquement inhabile à témoigner; il faut pour le disqualifier que l'état particulier du témoin soit tel qu'il affecte substantiellement la fiabilité de son témoignage sur un point précis.

Cette question a été examinée en détail par le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario (maintenant juge en chef de l'Ontario) dans l'arrêt *Hawke*, précité. Comme il l'a souligné en citant *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*

attacks on credibility". Wigmore, for his part, has this to say:

This broad and rational principle — that the derangement or defect, in order to disqualify, must be such as substantially negatives trustworthiness upon the *specific subject of the testimony* — is now practically everywhere accepted.

First, the mere fact of derangement or defect does not in itself exclude the witness; the various forms of monomania are no longer treated as equivalent to complete lunacy;

Secondly, the inquiry is always as to the relation of the derangement or defect to the *subject to be testified* about. If on this subject no aberration appears, the person is acceptable, however untrustworthy on other subjects; [Emphasis in original.]

(Wigmore on Evidence (3rd ed. 1940), vol. 2, § 492, at pp. 585-86.)

From these general principles, it is apparent that, in order to challenge the competency of a witness to testify, it must be established that the witness is unable to give reliable evidence on the specific issue in question. In addition, as an exception to the general rule which provides that an expert may not testify as to the credibility of a witness, expert testimony is permitted to establish that the witness suffers from some "hidden defect" which affects the reliability of the testimony. However, as both the trial judge and the Court of Appeal found in this case, this situation must be distinguished from that of calling an expert to establish that a witness, though capable of testifying reliably, chooses not to do so.

The general principle is set out as follows in *Toohy, supra*. In that case, Lord Pearce, speaking for all the law lords, held at p. 512 that:

Medical evidence is admissible to show that a witness suffers from some disease or defect or abnormality of mind that affects the reliability of his evidence. Such

(2^e éd. 1972), § 45, à la p. 93, [TRADUCTION] «il faut établir une distinction entre contester l'habileté d'un témoin et contester sa crédibilité». Wigmore, quant à lui, s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Ce principe d'ordre général et rationnel — savoir que, pour pouvoir être utilisés, la déficience ou le trouble doivent être tels qu'ils affectent substantiellement la fiabilité du *témoignage sur un point précis* — est à l'heure actuelle d'application presque universelle.

Premièrement, le simple trouble ou la simple déficience *ne sont pas en soi* une cause d'exclusion du témoin; ainsi, les diverses formes d'obsession ne sont plus associées à la démence totale;

Deuxièmement, le trouble ou la déficience sont toujours considérés par rapport au *sujet sur lequel porte le témoignage*. Si, sur ce point, son témoignage ne fait ressortir aucune aberration, il est acceptable, quelque peu fiable qu'il puisse être sur d'autres points; [En italique dans l'original.]

(Wigmore on Evidence (3^e éd. 1940), vol. 2, § 492, aux pp. 585 et 586.)

Il appert de ces principes généraux que, pour contester l'habileté d'un témoin, il faut établir que ce témoin est inapte à rendre un témoignage fiable sur la question particulière en litige. De plus, par exception à la règle générale voulant qu'un expert ne puisse témoigner quant à la crédibilité d'un témoin, il est possible de recourir au témoignage d'un expert pour établir que le témoin souffre d'une «déficience cachée» qui affecte la fiabilité de son témoignage. Cependant, comme l'ont reconnu le juge du procès et la Cour d'appel en l'espèce, il faut distinguer cette situation de celle où l'on cite un expert afin d'établir qu'un témoin, bien qu'apte à témoigner de façon fiable, a choisi de s'abstenir.

Le principe général est formulé dans l'arrêt *Toohy*, précité. Dans cette affaire, lord Pearce s'est exprimé ainsi au nom de tous les lords juges, à la p. 512:

[TRADUCTION] Une preuve médicale est admissible pour établir qu'un témoin souffre d'une maladie, d'une déficience ou d'une anomalie de l'esprit qui compromet la

evidence is not confined to a general opinion of the unreliability of the witness, but may give all the matters necessary to show not only the foundation of and reasons for the diagnosis but also the extent to which the credibility of the witness is affected.

In *Hawke*, the Ontario Court of Appeal followed *Toohey* and held that the trial judge had erred in rejecting psychiatric evidence given by the doctors of a crucial witness in a murder trial. At the time of the trial, the witness had been in the care of these doctors for over four years for treatment of serious psychiatric disturbance. The doctors testified in a voir dire, on the basis of an examination of her made the preceding evening, that the witness had been actively hallucinating while giving evidence on the stand during the trial. Moreover, they testified that the nature of the hallucination was such that it directly affected the truth of that testimony. As is apparent, such circumstances caused the case to fall squarely within the rule in *Toohey*.

However, such cases are clearly exceptional and this jurisprudence does not permit the exploration of the psychiatric history of a witness simply on the basis that the defence hopes such material may be relevant or useful to impugn the witness's testimony. Nor does it require the trial judge to order the disclosure of the complainant's medical records in order to permit the defence to attempt to establish that a witness's evidence may be unreliable. It is clear that the rule in *Toohey* is intended to ensure that, when there are serious concerns about the reliability of a witness due to mental or psychiatric disturbance, there is a mechanism by which those concerns can be brought to light at trial. Furthermore, it is also clear that expert evidence is permitted only for the limited purpose of establishing that some aspect of the witness's condition may affect the reliability of the witness's testimony on the issue in question; otherwise, such evidence, as both courts below found in the present case, may be inadmissible. Such evidence is not intended to provide easy access to fishing expeditions on the part of the defence where the psychiatric history of a witness may be marginal or totally irrelevant to the issue to be decided. Nor, in my

fiabilité de son témoignage. Cette preuve ne consiste pas seulement en une opinion générale sur le peu de fiabilité du témoin, mais peut fournir tous les éléments nécessaires pour établir non seulement le fondement ou les raisons du diagnostic mais aussi la mesure dans laquelle la crédibilité du témoin est compromise.

Dans l'arrêt *Hawke*, la Cour d'appel de l'Ontario, suivant l'arrêt *Toohey*, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant, dans un procès pour meurtre, la preuve psychiatrique présentée par les médecins d'un témoin capital. Au moment du procès, le témoin était sous leurs soins depuis plus de quatre ans pour des troubles psychiatriques graves. Lors d'un voir-dire les médecins, qui l'avaient examinée la veille, ont déclaré qu'elle avait eu des hallucinations constantes pendant qu'elle était à la barre. Ils ont ajouté que ces hallucinations étaient telles qu'elles compromettaient directement la véracité de ce témoignage. Dans les circonstances, l'affaire donnait manifestement ouverture à l'application de la règle de l'arrêt *Toohey*.

Il s'agit évidemment, toutefois, de cas exceptionnels et cette jurisprudence ne permet pas à la défense de fouiller les antécédents psychiatriques d'un témoin pour la simple raison qu'elle compte en tirer des éléments pertinents ou utiles en vue d'attaquer son témoignage. Elle n'oblige pas non plus le juge du procès à ordonner la divulgation des dossiers médicaux d'un plaignant en vue de permettre à la défense de tenter d'établir le peu de fiabilité d'un témoin. Il est clair que la règle établie dans l'arrêt *Toohey* vise à faire en sorte qu'il existe un mécanisme permettant que soient mises en lumière au procès les préoccupations sérieuses que peut soulever la perturbation mentale ou psychiatrique d'un témoin quant à la fiabilité de son témoignage. Il est également clair que le recours à des témoins experts n'est permis qu'à la seule fin d'établir que, par certains aspects, les troubles dont souffre le témoin peuvent compromettre la fiabilité de son témoignage sur la question en cause; sinon, comme l'ont estimé les deux instances inférieures en l'espèce, cette preuve pourra être inadmissible. Elle n'est pas censée faciliter les parties de pêche de la défense dans un cas où les antécédents psychiatriques du témoin peuvent être secondaires ou

opinion, can the rule in *Toohey* be used to provide a method of gathering all sorts of other information which, although, no doubt, of interest to the defence in its attempts to undermine the credibility of the witness, would otherwise remain beyond its reach.

Moreover, this jurisprudence does not mandate the disclosure of medical records to the defence in order to allow it to establish the unreliability of a witness's testimony. In the event that the defence has established that, for example, because of the demeanour or behaviour of a witness, such an investigation is crucial to the fairness of the trial, the usual method would be, as was the case in *Hawke*, to call evidence from the witness's own doctor to testify as to whether there is anything in the nature of the witness's psychiatric or mental condition which would bear specifically on her ability to give reliable evidence on the matter in issue.

3. *Limitations on Cross-examination*

In my view, in the event that disclosure is required, the limited purposes for which such evidence is available in the first place indicate that restrictions on the scope of cross-examination are also warranted. However, my colleague Cory J. found that, once a witness's medical records are admitted, cross-examination must then be allowed on any information garnered from the records which may be relevant to an issue in the case. Although my colleague himself finds that defence counsel's submissions as regards the purpose of cross-examination appeared "to be the very sort of improper purpose for which evidence cannot be adduced" (p. 673), he still finds that it was the duty of the trial judge "to permit cross-examination with regard to the July 9 record, particularly to determine if it would throw any light either upon a possible motive of the complainant to allege that she was the victim of sexual assault or with regard to her conduct which might have led the appellant to believe that she was consenting to sexual

totalement étrangers par rapport à la question à trancher. À mon avis, la règle qu'énonce l'arrêt *Toohey* ne constitue pas davantage une méthode permettant de recueillir toutes sortes de renseignements qui, bien que d'un intérêt incontestable pour la défense dans ses tentatives de miner la crédibilité du témoin, lui resteraient autrement inaccessibles.

De plus, ces arrêts ne rendent pas obligatoire la communication des dossiers médicaux à la défense pour lui permettre d'établir le peu de fiabilité d'un témoignage. Advenant le cas où la défense établirait, par exemple, qu'en raison de la conduite ou du comportement d'un témoin, la tenue d'une enquête à cet égard est cruciale en vue d'assurer l'équité du procès, la méthode usuelle consisterait, comme dans l'arrêt *Hawke*, à appeler à la barre le propre médecin du témoin pour qu'il témoigne sur ce qui, vu les troubles mentaux ou psychiatriques du témoin, est susceptible de compromettre spécifiquement sa capacité à rendre un témoignage fiable sur la question en cause.

3. *Les restrictions au contre-interrogatoire*

À mon avis, lorsque la divulgation est requise, les fins limitées auxquelles cette preuve peut d'abord et avant tout être utilisée indiquent qu'il est également justifié de restreindre la portée du contre-interrogatoire. Toutefois, mon collègue le juge Cory a conclu qu'une fois les dossiers médicaux admis, il fallait alors permettre le contre-interrogatoire sur tout renseignement émanant de ces dossiers susceptible d'être pertinent relativement à un point soulevé dans l'affaire. Bien que mon collègue estime lui-même que la fin invoquée par l'avocat de la défense relativement au contre-interrogatoire semblait constituer «le type même de fin indue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits» (p. 673), il n'en conclut pas moins que le juge du procès aurait dû «autoriser le contre-interrogatoire à l'égard du rapport du 9 juillet, particulièrement pour déterminer s'il pouvait jeter une lumière nouvelle soit sur un motif qu'aurait pu avoir la plaignante de prétendre avoir été victime d'une agression sexuelle, soit sur un aspect de sa conduite qui aurait pu porter l'appelant à croire qu'elle consentait à ses avances

advances" (pp. 673-74). For the following reasons, I disagree.

Medical records only become relevant if there is serious reason to believe that the competence to testify, which we normally presume in all adult witnesses, is in question. To the extent that such records are necessary to establish that the witness is incapable of giving reliable testimony in relation to the specific matter in issue, they remain relevant. If the alleged unreliability cannot be established, then, once again, the information in the records becomes tangential and cross-examination on such information will be impermissible simply on the grounds that it is either clearly irrelevant or too remote and of scant probative value.

Given the limitations on the exploration of a witness's particular mental or psychiatric state I have discussed above in regards to *Toohy* and *Hawke*, in my opinion it follows that cross-examination on the medical records that extends beyond the scope of establishing the unreliability of the witness's testimony due to that mental condition should also be curtailed. In other words, cross-examination on medical records must be restricted to the purpose for which they were introduced. The defence may not argue that, because the medical records were relevant to the issue of the witness's competence to testify or reliability as to the issue to be decided, it may then cross-examine on all the information contained therein for whatever use it may be to the rest of the defence's case.

There may be instances, as in the present case, in which the defence argues that the records contain information that is relevant to the issues to be decided. In my opinion, both on basic evidentiary principles and for the policy reasons which I shall discuss below, cross-examination on such information should, except in extraordinary cases, nonetheless remain impermissible.

sexuelles» (pp. 673 et 674). Je ne suis pas d'accord, pour les motifs qui suivent.

Les dossiers médicaux ne deviennent pertinents que s'il existe un motif sérieux de croire que l'habileté à témoigner, normalement présumée chez le témoin adulte, est en cause. Dans la mesure où ces dossiers sont nécessaires pour établir l'inaptitude du témoin à rendre un témoignage fiable à l'égard de la question précise en litige, ils conservent leur pertinence. Mais si on ne peut établir le peu de fiabilité allégué, les renseignements contenus dans les dossiers redeviennent marginaux et le contre-interrogatoire à leur égard ne sera pas permis en raison simplement de leur absence de pertinence ou de leur caractère trop éloigné et de leur faible valeur probante.

Compte tenu des limites à l'exploration des troubles mentaux ou psychiatriques particuliers d'un témoin que j'ai examinées précédemment en regard des arrêts *Toohy* et *Hawke*, il s'ensuit, à mon avis, qu'il convient également de restreindre le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux qui va au-delà de la question de la non-fiabilité du témoignage du fait de ces troubles mentaux. En d'autres termes, le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux doit être restreint à la fin pour laquelle ils ont été introduits en preuve. La défense ne peut donc pas faire valoir que, vu la pertinence des dossiers médicaux quant à l'habileté du témoin à rendre témoignage ou à sa fiabilité relativement à la question à trancher, il lui est loisible de faire porter son contre-interrogatoire sur tous les renseignements qui y sont consignés, à quelque fin qu'ils puissent servir dans le cadre de sa preuve.

Il peut, certes, y avoir des cas où, comme en l'espèce, la défense allègue que les dossiers renferment des renseignements pertinents quant aux questions à trancher. À mon avis, tant en raison des règles fondamentales régissant la preuve que pour des considérations de principe que j'examinerai plus loin, le contre-interrogatoire sur ces renseignements devrait néanmoins, sauf cas exceptionnels, demeurer interdit.

In the words of McCormick, *supra*, at p. 438, "relevance is not always enough". Trial judges possess the undoubted discretion to both exclude evidence and limit cross-examination on matters which, although arguably relevant to the issue, are outweighed by their potential to prejudice the trial of the issue. Central among these concerns are the following: such facts may unduly arouse sentiments of prejudice, hostility or sympathy; they may distract the trier of fact from the main issue to be decided; and the exploration of the issue may consume an undue amount of time. (See also: *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), at p. 969.)

In my opinion, the nature of medical records is such that all of these concerns would often be engaged by unlimited cross-examination. Such evidence is, in the vast majority of cases, completely marginal to the central issue of the trial. It may well invite prejudice against the witness by the trier of fact. Furthermore, the process of proof and counterproof to establish the reliability of the evidence entails large amounts of time and may potentially sidetrack the trial of the case. For these reasons, its prejudicial effect on the witness, and also in many cases on the trial process itself, will, even in the event that the medical records are relevant to the trial, outweigh its probative value. More specifically, particularly in the case of complainants in sexual assault trials, there is serious risk that such information will be used to draw impermissible inferences and encourage the trier of fact to rely on myths about the credibility of sexual assault victims to the prejudice of both the witness and the trial process.

4. Policy Concerns Regarding the Disclosure of Medical Records

As I have discussed above, this Court has already acknowledged in *Dyment*, *supra*, that there are serious dangers in the unrestricted use of information obtained in a doctor-patient or other form

Comme le dit McCormick, *op. cit.*, à la p. 438, [TRADUCTION] «la pertinence ne suffit pas toujours». Le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire indubitable d'exclure des éléments de preuve et de restreindre le contre-interrogatoire sur des points qui, en dépit de leur pertinence alléguée, pourraient s'avérer préjudiciables eu égard à la question à trancher. Les considérations suivantes sont au premier rang de ces préoccupations: certains faits peuvent nourrir indûment des préjugés, de l'hostilité ou de la sympathie; ils peuvent distraire l'attention du juge des faits de la principale question à trancher; l'analyse de la question peut demander trop de temps. (Voir également *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), à la p. 969.)

À mon avis, les dossiers médicaux sont d'une nature telle qu'un contre-interrogatoire illimité peut souvent soulever toutes ces préoccupations à la fois. Dans l'immense majorité des cas, cette preuve est tout à fait marginale par rapport à l'enjeu central du procès. Elle peut fort bien encourager les préjugés du juge des faits à l'endroit du témoin. De plus, le mécanisme de la preuve et de la contre-preuve sur la question de la fiabilité demande un temps considérable et risque de faire dévier le procès. Pour ces motifs, ses effets préjudiciables pour le témoin et aussi, dans de nombreux cas, sur le déroulement du procès lui-même l'emporteront sur sa valeur probante, même dans l'hypothèse où les dossiers médicaux sont pertinents pour le procès. Plus précisément et, en particulier, dans le cas des plaignants dans les procès pour agression sexuelle, il existe un risque sérieux que de tels renseignements soient utilisés pour en inférer des conclusions inadmissibles et encourager le juge des faits à juger de la crédibilité des victimes d'agression sexuelle à partir de mythes, au préjudice tant du témoin que du déroulement du procès.

4. Les considérations de principe entourant la divulgation des dossiers médicaux

Comme je l'ai noté précédemment, notre Cour a déjà reconnu, dans l'arrêt *Dyment*, précité, que l'utilisation sans restriction de renseignements obtenus à l'occasion des rapports entre un médecin

of therapeutic relationship. For the purposes of this discussion, it is important to explore the following concerns as they pertain to the initial disclosure of medical records and the limitations on cross-examination subsequent to any disclosure. These are but the most obvious concerns; further research and information may very well disclose other dangers.

First, common sense dictates that if people are aware that medical records can and may very well be obtained to attack the credibility of a witness, they may be reluctant to seek needed and valuable treatment if there is any prospect that they may be required to testify at trial, particularly if there is any connection between the events at trial and the subjects of discussion in the treatment process. Few people are comfortable with the public disclosure of such information, and many people may fear that such disclosure would not be entirely without effect on other areas of their lives.

In addition, routine disclosure of medical records and unrestricted cross-examination upon disclosure threaten to function very unfairly against anyone who has undergone mental or psychiatric therapy, whatever the precipitating event or nature of the treatment, as compared to other members of the public. Such persons would be subject to an invasion of their privacy not suffered by other witnesses who are required to testify. They may have to answer to details of their personal life reflected in their records and effectively overcome a presumption, most often entirely unfounded, that their medical history is relevant to their credibility and ability to testify on the matter in issue.

Moreover, medical records concerning statements made in the course of therapy are both hearsay and inherently problematic as regards reliability. A witness's concerns expressed in the course of therapy after the fact, even assuming they are correctly understood and reliably noted, cannot be

et un patient ou d'autres formes de rapports thérapeutiques présente de sérieux dangers. Aux fins de la présente analyse, il importe d'explorer les préoccupations qui suivent eu égard à la divulgation initiale des dossiers médicaux et aux restrictions apportées au contre-interrogatoire subséquent. Ce ne sont là que les préoccupations les plus évidentes; de plus amples recherches et de nouvelles données pourraient fort bien révéler d'autres dangers.

En premier lieu, le bon sens nous enseigne qu'une personne, consciente de la possibilité, voire de la probabilité, que des dossiers médicaux servent à contester la crédibilité d'un témoin, pourrait être réticente à demander un traitement nécessaire et valable s'il y a risque qu'elle soit appelée à témoigner à un procès, en particulier s'il existe un lien entre les événements en cause et l'objet du traitement. Peu de gens sourient à l'idée que de tels renseignements puissent être rendus publics, et nombreux sont ceux qui pourraient craindre les répercussions de cette divulgation sur d'autres aspects de leur vie.

De plus, la divulgation courante des dossiers médicaux et la possibilité de contre-interroger sans restriction à cet égard risquent d'entraîner des résultats très inéquitables à l'endroit des personnes ayant subi une thérapie mentale ou psychiatrique, quelle qu'en soit la raison ou la nature, par opposition au public en général. Ces personnes seraient victimes d'une violation de leur vie privée que n'auraient pas à subir les autres témoins cités à comparaître. Elles pourraient devoir répondre à des questions portant sur des détails de leur vie personnelle ressortant de leurs dossiers et être obligées, dans les faits, de réfuter la présomption, totalement injustifiée le plus souvent, selon laquelle leurs antécédents médicaux sont pertinents quant à leur crédibilité et à leur aptitude à témoigner sur la question en litige.

De surcroît, les dossiers médicaux relatifs à des déclarations faites dans le cours d'une thérapie constituent du oui-dire et suscitent en soi des problèmes en matière de fiabilité. Les préoccupations qu'exprime le témoin dans le cadre d'une thérapie après le fait ne sauraient équivaloir à un témoi-

equated with evidence given in the course of a trial. Both the context in which the statements are made and the expectations of the parties are entirely different. In a trial, a witness is sworn to testify as to the particular events in issue. By contrast, in therapy an entire spectrum of factors such as personal history, thoughts, emotions as well as particular acts may inform the dialogue between therapist and patient. Thus, there is serious risk that such statements could be taken piecemeal out of the context in which they were made to provide a foundation for entirely unwarranted inferences by the trier of fact.

Finally, credibility is an issue in many trials but particularly in trials involving sexual assault. In my view, if disclosure is accepted as relevant in such cases, in any such trial, nothing will prevent any accused from requesting in any case the medical and psychiatric records of the complainant and cross-examining her on all matters in the record.

In light of these concerns, courts must weigh carefully the cost of such disclosure, not only in personal terms to the persons subject to disclosure orders or cross-examination on information elicited from such records, but also to the effective prosecution of the very issue at hand. If the net result is to discourage witnesses from reporting and coming forward with evidence, then, in my view, it cannot be said that such practices would advance either the trial process itself or enhance the general goals of the administration of justice.

In addition to these general concerns which may affect all witnesses, in my opinion, it is important to look at the specific position of the complainant in a sexual assault trial.

5. *Sexual Assault*

It is not without significance that this challenge to the credibility of the witness has arisen in the

gnage rendu au cours d'un procès, même en présumant qu'elles ont été correctement comprises et fidèlement prises en note. Le contexte dans lequel ces déclarations ont été faites, tout comme les attentes des parties à leur propos, diffèrent totalement. Dans un procès, le témoin fait une déposition sous serment sur les événements particuliers en cause. Dans une thérapie, par contre, le dialogue entre le thérapeute et le patient s'alimente à toute une gamme de facteurs tels l'histoire personnelle, les pensées, les émotions aussi bien que des actes en particulier. Il existe donc un fort risque que le juge des faits se serve de ces déclarations isolément, hors de leur contexte, afin d'en inférer des conclusions totalement injustifiées.

Enfin, la crédibilité constitue souvent l'une des questions en litige dans un procès et, en particulier, dans les affaires d'agression sexuelle. À mon avis, si l'on jugeait la divulgation pertinente dans ces cas, rien n'empêcherait un accusé de demander chaque fois communication des dossiers médicaux et psychiatriques de la plaignante et de contre-interroger celle-ci sur tous les aspects qui y sont révélés.

Compte tenu de ces préoccupations, les tribunaux doivent évaluer soigneusement les conséquences de cette divulgation, non seulement sur la personne faisant l'objet d'une ordonnance de communication ou d'un contre-interrogatoire portant sur les dossiers ainsi communiqués, mais aussi sur la poursuite des crimes eux-mêmes. Si cette pratique a pour résultat de décourager les témoins de rapporter des faits et de fournir des éléments de preuve, on ne peut alors, à mon sens, dire qu'elle est susceptible de faire avancer le procès ou de contribuer à l'atteinte des objectifs généraux de l'administration de la justice.

Outre ces considérations générales applicables à tous les témoins, il importe à mon avis d'examiner la situation particulière du plaignant dans un procès pour agression sexuelle.

5. *L'agression sexuelle*

Il n'est pas sans intérêt que la contestation menée en l'espèce contre la crédibilité du témoin

context of a sexual assault trial. It has, since 1983, by reason of the now s. 277 of the *Criminal Code*, been impermissible to challenge the credibility of a complainant by adducing evidence about her sexual reputation. Moreover, Parliament has recently amended the *Criminal Code (An Act to amend the Criminal Code (sexual assault))*, S.C. 1992, c. 38, s. 2), to replace the former s. 276 of the *Code* which was held unconstitutional by this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. The former s. 276 prevented the accused, subject to a number of exceptions, from adducing evidence of the complainant's sexual activity with anyone other than the accused. The amendments strongly evidence Parliament's desire to instate guidelines to prevent the diversion of sexual assault trials into inquiries into the moral character and past behaviour of the complainant. In my view, there is a real risk that the use of medical records may become the means by which counsel indirectly bring evidence concerning the complainant before the trier of fact which they are no longer permitted to do directly. Moreover, because of the beliefs which have typically informed notions of relevance and credibility in sexual assault trials, the mere existence of challenges to credibility on mental or psychiatric grounds in a sexual assault trial raises serious questions about the persistence of rape myths.

Historically, a host of factors were deemed relevant to the credibility of complainants in sexual assault trials that did not bear on the credibility of witnesses in any other trial and which functioned to the prejudice of victims of sexual assault. In *Seaboyer, supra*, I discussed at length the hurdles that complainants faced in sexual assault trials due to these unfounded presumptions. They include myths that deem certain types of women "unrapable" and others, because of their occupations or previous sexual history, unworthy of belief. These myths suggest that women by their behaviour or appearance may be responsible for the occurrence of sexual assault. They suggest that drug use or dependence on social assistance are relevant to the issue of credibility as to consent.

l'ait été dans le cadre d'un procès pour agression sexuelle. Depuis 1983, il est interdit, aux termes de l'actuel art. 277 du *Code criminel*, de contester la crédibilité du plaignant par une preuve de réputation sexuelle. De plus, le législateur a récemment modifié le *Code criminel (Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle))*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2), afin de remplacer l'ancien art. 276 du *Code* que notre Cour avait déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Sous réserve de certaines exceptions, cet article empêchait l'accusé de présenter une preuve concernant les activités sexuelles du plaignant avec toute personne autre que l'accusé. Les modifications apportées témoignent éloquentement de la volonté du législateur de formuler des lignes directrices afin d'éviter que les procès pour agression sexuelle ne dégénèrent en enquêtes sur la moralité et le comportement antérieur du plaignant. Or, à mon avis, il existe un risque réel que les avocats se servent des dossiers médicaux comme d'un moyen d'amener indirectement devant le juge des faits une preuve relative au plaignant qu'ils ne sont plus autorisés à lui soumettre directement. Qui plus est, en raison des croyances qui ont traditionnellement marqué, dans les procès pour agression sexuelle, les notions de fiabilité et de crédibilité, le seul fait que soient invoqués, dans ce type de procès, des motifs d'ordre mental ou psychiatrique pour contester la crédibilité soulève de graves questions quant à la persistance des mythes entourant le viol.

Historiquement, une série de facteurs ont été jugés pertinents quant à la crédibilité des plaignantes dans les procès pour agression sexuelle alors qu'ils n'avaient aucune incidence sur celle des témoins dans les autres types de procès, ce qui avait pour résultat de porter préjudice aux victimes d'agression sexuelle. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, j'ai examiné à fond les obstacles auxquels les plaignantes se heurtent dans ce genre d'affaires en raison de ces présomptions sans fondement. Parmi ces obstacles se retrouvent les mythes selon lesquels certains types de femme ne peuvent pas être «violées» et d'autres femmes, à cause de leur occupation ou de leur comportement sexuel antérieur, ne sont pas dignes de foi. Si l'on en croit ces mythes, les femmes seraient responsables de

They suggest that the presence of certain emotional reactions and immediate reporting of the assault, despite all of the barriers that might discourage such reports, lend credibility to the assault report, whereas the opposite reactions lead to the conclusion that the complainant must be fabricating the event. Furthermore, they are built on the suggestion that women, out of spite, fickleness or fantasy and despite the obvious trauma for victims in many, if not most, sexual assault trials, are inclined to lie about sexual assault. The net result has been that sexual assaults are, and continue to be, underreported and underprosecuted; furthermore, the level of convictions that result in those cases that do reach the courts is significantly lower than for other offences.

It is against this backdrop that challenges to the credibility of sexual assault victims on psychiatric grounds must be examined. There is absolutely no evidence to suggest that false allegations are more common in sexual assaults than in other offences; indeed, given the data indicating the strong disincentives to reporting, it seems much more likely that the opposite is true. Nonetheless, myths about the extraordinary need for caution with respect to the credibility of complainants continue to play a role in the prosecution of sexual assaults. To illustrate their persistence, it is only necessary to point out that, apart from cases of sexual assault, it is rare to encounter a suggestion that the psychiatric history of a witness is at all relevant to the trial of the issue. Moreover, trial judges are normally unlikely to even entertain such submissions unless the defence is able to conclusively establish beforehand that an inquiry into a witness's medical history is crucial to the determination of the issue at bar.

l'agression sexuelle du fait de leur comportement ou de leur apparence. Toujours selon eux, l'usage de drogue ou le fait de dépendre de l'aide sociale seraient des facteurs pertinents quant à la crédibilité relativement au consentement. La présence de certaines réactions émotives et le signalement immédiat de l'agression, malgré tous les facteurs dissuasifs à cet égard, ajouteraient à la crédibilité de la dénonciation, alors que des réactions opposées conduiraient à conclure que la plaignante a dû fabriquer l'incident. De plus, ces mythes sont fondés sur l'idée que les femmes, par rancune, inconstance ou fantasme et malgré le traumatisme évident subi par les victimes dans de nombreux procès pour agression sexuelle, sinon dans la plupart, sont enclines à mentir à ce propos. Tout cela a eu pour résultat que seule une fraction des agressions sexuelles sont et continuent d'être signalées et de faire l'objet de poursuites; de plus, parmi les cas qui parviennent devant les tribunaux, le nombre de déclarations de culpabilité est inférieur à celui enregistré pour d'autres infractions.

C'est dans ce contexte que doivent être examinées les contestations quant à la crédibilité des victimes d'agression sexuelle pour des motifs d'ordre psychiatrique. Il n'y a absolument aucune preuve que les fausses allégations soient plus fréquentes en matière d'agression sexuelle que pour tout autre type d'infraction; de fait, vu les données faisant état des nombreux obstacles au signalement, le contraire semble plus vraisemblable. Les mythes selon lesquels l'appréciation de la crédibilité des plaignantes doit être scrutée de façon exceptionnelle n'en continuent pas moins de jouer un rôle dans la poursuite des agressions sexuelles. Comme preuve de leur persistance, il suffit de souligner que, hormis les cas d'agression sexuelle, il est rare que soit invoquée la pertinence des antécédents psychiatriques d'un témoin quant à la question à trancher. De surcroît, les juges du procès n'accordent pas normalement ce genre de requête à moins que la défense n'ait préalablement établi de façon concluante qu'une exploration des antécédents médicaux d'un témoin est cruciale pour décider de la question en jeu.

In the face of such practices, the question that must be asked then is, why are medical records deemed, or more likely to be deemed, both relevant and necessary in sexual assault trials?

Relevance is typically described in such terms as "whatever accords with common sense" (P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988), at p. 11-32) or that which is "logically probative" of the matter in issue, the definition adopted by this Court in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190. While we may, at first blush, think that the question of the relevance of evidence is a relatively straightforward matter to determine, as I stated in *Seaboyer, supra*, at pp. 679-80:

Whatever the test, be it one of experience, common sense or logic, it is a decision particularly vulnerable to the application of private beliefs. Regardless of the definition used, the content of any relevancy decision will be filled by the particular judge's experience, common sense and/or logic. For the most part there will be general agreement as to that which is relevant and the determination will not be problematic. However, there are certain areas of inquiry where experience, common sense and logic are informed by stereotype and myth. As I have made clear, this area of the law has been particularly prone to the utilization of stereotype in determinations of relevance and again, as was demonstrated earlier, this appears to be the unfortunate concomitant of a society which, to a large measure, holds these beliefs. It would also appear that recognition of the large role that stereotype may play in such determinations has had surprisingly little impact in this area of the law. [Emphasis added.]

Despite the fact that there is much wider recognition, both among those involved in the administration of justice and among the public at large, that unfounded beliefs about sexual assault victims prejudicially affect both the victims and the trial of the issue, their force and effect has not been eliminated. Of their very nature, beliefs will inform notions of relevance. However, as they often function unconsciously, their effect can be unacknowledged.

À la lumière de ces pratiques, la question qu'on doit se poser est donc la suivante: pourquoi les dossiers médicaux sont-ils considérés, ou plus susceptibles d'être considérés, comme étant à la fois pertinents et nécessaires dans les procès pour agression sexuelle?

On a traditionnellement défini la pertinence comme [TRADUCTION] «tout ce qui est en accord avec le bon sens» (P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. 1988), à la p. 11-32) ou ce qui constitue la [TRADUCTION] «preuve logique» de la question en litige, selon la définition que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190. Bien que la question de la pertinence apparaisse, à première vue, relativement simple à trancher, ce n'est pas le cas, ainsi que je l'ai expliqué dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, aux pp. 679 et 680:

Quel que soit le test, qu'il soit fondé sur l'expérience, le bon sens ou la logique, c'est là une décision particulièrement perméable aux préjugés. Quelle que soit la définition utilisée, la décision que prendra le juge quant à la pertinence sera fondée sur son expérience, son bon sens ou sa logique, ou sur les trois à la fois. Dans la majorité des cas, on s'entendra généralement sur ce qui est pertinent, et la détermination de la pertinence ne posera pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l'expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes. Comme je l'ai déjà indiqué clairement, on a été tout particulièrement enclin, dans ce domaine du droit, à utiliser des stéréotypes aux fins de déterminer ce qui est pertinent et cela, comme je l'ai déjà démontré, paraît aller malheureusement de soi à l'intérieur d'une société qui, en grande partie, partage ces préjugés. Il semble également que la reconnaissance du rôle important que jouent les stéréotypes dans le cadre de la détermination de la pertinence a eu fort peu d'incidence dans ce domaine du droit. [Je souligne.]

Bien qu'on reconnaisse aujourd'hui beaucoup plus largement, tant au sein de l'administration de la justice que parmi le public en général, que les préjugés entourant les victimes d'agression sexuelle sont aussi préjudiciables aux victimes que nuisibles à la poursuite de ces crimes, leur force et leur effet n'ont pas disparu. De par leur nature même, les préjugés jouent dans l'appréciation de la pertinence. Cependant, comme ils opèrent souvent

edged and identifying them may be a difficult and elusive process. In recognition of this fact, Parliament, in the amendments to the *Criminal Code*, has now expressly directed the judge to take into account, in determining whether evidence should be admissible, the following matters:

276. . . .

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

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

(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;

Because of this, in my view, evidence which normally lies outside the purview of the trial process but is deemed relevant to the credibility of sexual assault complainants must be carefully, and perhaps sceptically, scrutinized. In my opinion, the best way to examine the question of relevance is to place the proposed use of psychiatric evidence in the circumstances of the ordinary trial.

Credibility is a central issue in many criminal cases. Moreover, the entire trial process is structured to provide the trier of fact with opportunities to assess the veracity of witnesses. However, as I have discussed above, the competence of witnesses to testify is normally presumed and challenges to the reliability of evidence on the basis of the mental or psychiatric condition of the witness rarely form part of the trial process. Unless we are

inconsciemment, leur effet peut passer inaperçu et ils seront donc difficilement identifiables. Conscient de cet état de fait, le législateur demande maintenant expressément au juge, dans les modifications précitées qu'il a apportées au *Code criminel*, de prendre en considération les facteurs suivants pour décider de l'admissibilité d'une preuve:

276. . . .

(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:

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

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

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

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

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

Cela étant, à mon avis les éléments de preuve, qui n'entrent pas normalement en considération dans le déroulement du procès mais qu'on estime pertinents quant à la crédibilité des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle, doivent être examinés avec minutie, voire avec scepticisme. À mon sens, la meilleure façon d'examiner la question de la pertinence est de placer l'utilisation proposée de la preuve psychiatrique dans le contexte d'un procès ordinaire.

La crédibilité est la question centrale dans beaucoup d'affaires criminelles. Qui plus est, le déroulement du procès est entièrement conçu de manière à donner au juge des faits l'occasion d'apprécier la sincérité des témoins. Toutefois, comme je l'ai dit précédemment, l'habileté des témoins se présume en règle générale et il est rare qu'on conteste la fiabilité d'un témoignage en se fondant sur les troubles mentaux ou psychiatriques du témoin. À

to resurrect, consciously or unconsciously, the myth that complainants in sexual assault trials are inherently more untrustworthy than witnesses in any other trial where credibility is an issue, challenges to a witness's testimony on mental or psychiatric grounds must be measured against the same standard of relevance in sexual assault trials as in the trial of any other offence. Thus, even a request, let alone an order, for the production of a complainant's medical records should be an extraordinary event.

Moreover, the costs to both the witnesses and the trial process of both admitting medical records and permitting cross-examination of the complainant by the defence on the material contained in them must be clearly confronted. In my opinion, for the following reasons, the inescapable conclusion is that such practices would only frustrate further our still inadequate attempts to extend to victims of sexual assault the protection of the justice system to which they are entitled.

One of the most powerful disincentives to reporting sexual assaults is women's fear of further victimization at the hands of the criminal justice system; as I discussed in *Seaboyer, supra*, at p. 650, almost half of unreported incidents may be traced to this perception on the part of sexual assault victims. With good reason, women have come to believe that their reports will not be taken seriously by police and that the trial process itself will be yet another experience of trauma. It must be obvious that if, in addition to the current disincentives, such victims face the revelation of intimate details of their lives via the release of their medical records, the disincentive to reporting could only increase.

Two alternatives seem likely. If victims of sexual assaults feared that their medical records could be deemed relevant to the assault, then they may very well make the decision to forego medical

moins que l'on veuille, consciemment ou inconsciemment, ressusciter le mythe selon lequel les plaignants dans les procès pour agression sexuelle sont, fondamentalement, moins dignes de foi que les témoins dans tout autre procès où la crédibilité est en cause, les contestations fondées sur les troubles mentaux ou psychiatriques doivent, dans les procès pour agression sexuelle, être analysées selon la même norme de pertinence que dans les procès pour toute autre infraction. Une demande de production des dossiers médicaux du plaignant, encore plus une ordonnance à cet effet, devrait donc demeurer exceptionnelle.

De plus, il faut aborder clairement la question des conséquences, tant sur les témoins que sur le déroulement du procès, de l'admission des dossiers médicaux et de l'utilisation des renseignements qu'ils contiennent à des fins de contre-interrogatoire par la défense. À mon avis et pour les raisons qui suivent, la conclusion inéluctable est que de telles pratiques ne feraient que frustrer encore davantage nos tentatives toujours inadéquates d'assurer aux victimes d'agression sexuelle la protection qu'elles sont en droit d'attendre du système judiciaire.

L'un des freins les plus puissants à la dénonciation des agressions sexuelles est la crainte des femmes que le système pénal ne vienne accroître leur victimisation; d'après l'analyse que j'ai faite dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 650, près de la moitié des cas de non-signalement sont attribuables à cette perception qu'ont les victimes d'agression sexuelle. Pour de bonnes raisons, les femmes en sont venues à croire que leurs dénonciations ne seront pas prises au sérieux par la police et que le procès lui-même ne sera qu'un traumatisme de plus. Il est donc manifeste que si, en plus des facteurs dissuasifs actuels, les victimes sont confrontées à la révélation de détails intimes de leur vie par la divulgation de leurs dossiers médicaux, les freins au signalement ne pourront qu'augmenter.

Deux situations sont susceptibles de se produire. Si les victimes d'agressions sexuelles craignent que leurs dossiers médicaux soient jugés pertinents relativement à l'agression, elles pourraient fort

treatment if they intend to report the assault or if charges are already outstanding. Those that did undergo treatment may be reluctant to fully disclose information out of fear that such information might be used against them, either in the trial or, because of the public nature of the trial process, in other areas of their lives. Such a decision may very well prevent a discussion of matters that are vital to both the course of therapy and their ultimate well-being.

On the other hand, victims who choose to undergo therapy, as well as those for whom therapy is essential for their very survival, would be less likely to come forward with complaints about the assaults. This, of necessity, would lead to lack of prosecution and conviction in such cases and may, in turn, result in both continued victimization and increased risk of assault to other potential victims.

Furthermore, the nature of therapy is such that mere disclosure itself could be prejudicial to the health of the witness.

Indeed, recent reports indicate some support for these very concerns. As a consequence of recent decisions in both Nova Scotia (*R. v. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242 (C.A.), leave to appeal to Supreme Court of Canada refused, [1993] 3 S.C.R. viii) and British Columbia (*R. v. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98 (S.C.)), groups representing, among others, both victims of sexual assault and disabled persons have expressed serious concern about these very outcomes (*The Globe and Mail*, May 15, 1993, at p. D3, and July 15, 1993, at p. A7; and the *Calgary Herald*, July 16, 1993, at p. A12).

Ironically, then, a procedure justified by the accused's right to full answer and defence risks frustrating the object of protecting victims of sexual assault by becoming the means by which offenders escape prosecution.

It must be recalled that experts called by the defence in their attempts to impugn the reliability

bien décider de renoncer au traitement médical si elles ont l'intention de signaler l'agression ou si des accusations sont déjà portées. Celles qui auront subi un traitement pourront être réticentes à se livrer entièrement de peur que ces informations ne soient utilisées contre elles, que ce soit au procès ou, vu le caractère public du procès, dans d'autres aspects de leur vie. Une telle décision pourrait empêcher que soient analysées des questions d'importance vitale dans le cadre de la thérapie et pour le bien-être ultime des victimes.

Par contre, les victimes qui choisissent de suivre une thérapie, ainsi que celles dont la survie même en dépend, seront moins susceptibles de porter plainte. De toute évidence, cela conduirait à une diminution des poursuites et des déclarations de culpabilité dans ce genre d'affaires, ce qui, en retour, aurait pour résultat de perpétuer la victimisation et d'accroître le risque d'agression contre d'autres victimes potentielles.

En outre, la nature de la thérapie fait en sorte que sa simple divulgation pourrait en soi être préjudiciable à la santé du témoin.

De fait, des articles récents ont fait écho à ces préoccupations. À la suite de décisions récemment rendues en Nouvelle-Écosse (*R. c. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour Suprême du Canada refusée, [1993] 3 R.C.S. viii) et en Colombie-Britannique (*R. c. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98 (S.C.)), des groupes représentant, entre autres, des victimes d'agression sexuelle et des personnes handicapées ont fait état de sérieuses préoccupations à ce sujet (*The Globe and Mail*, 15 mai 1993, à la p. D3, et 15 juillet 1993, à la p. A7; et le *Calgary Herald*, 16 juillet 1993, à la p. A12).

Ironiquement, donc, une procédure justifiée par le droit de l'accusé à une défense pleine et entière risque d'aller à l'encontre de l'objectif de protéger les victimes d'agression sexuelle en fournissant aux contrevenants le moyen d'échapper aux poursuites.

Rappelons que les experts que cite la défense dans sa tentative de contester la fiabilité du plai-

of the complainant are entitled and expected to discuss the foundations of their opinions. Under such circumstances, it seems impossible to prevent the disclosure of information from the medical records about the witness's behaviour and background which, although irrelevant to the issues, because of the persistence of beliefs about sexual assault victims, may unfairly prejudice the complainant in the eyes of the jury. This, in turn, may prejudice the trial by diverting the focus of the jury to the character of the complainant and away from consideration of the narrow issue before it, the question of the assault.

In my view, to ensure against such consequences, victims of sexual assault must be secure beforehand in knowing that their medical records will be unavailable to the defence.

Conclusion

I would conclude, then, that the compulsion to disclose such records may only occur where there is serious reason to believe that, absent such disclosure, a miscarriage of justice is likely. Given the premium placed on the confidentiality of medical records in our society, and the high degree of prejudice to the witness caused by delving into psychiatric records, in my view, such records should only be disclosed when there is cogent evidence to suggest that: the competence of the witness to testify is in serious doubt or the witness's testimony with respect to the particular issue to be decided is unreliable because of the witness's medical condition; and furthermore, that without such disclosure, there would be serious prejudice to the accused's right to make full answer and defence. Mere suggestion, speculation or possibility raised on the part of the defence, as is the case here, that such records may be relevant cannot be sufficient.

Because the issue of disclosure was not argued in this case and remains to be fully canvassed by this Court, I refrain from a more specific discussion of what must ordinarily be established to meet this threshold at this time.

gnant ont le droit d'exposer le fondement de leur opinion et on s'attend d'ailleurs à ce qu'ils le fassent. Dans les circonstances, il semble impossible d'empêcher la divulgation de renseignements tirés des dossiers médicaux sur le comportement et les antécédents du témoin, renseignements qui, bien que non pertinents pour les questions en litige, peuvent, vu la persistance des croyances entourant les victimes d'agression sexuelle, prévenir injustement le jury contre le plaignant. En retour, cela peut nuire au procès en amenant le jury à concentrer son attention sur la personnalité du plaignant et non sur la question précise qui lui est soumise, celle de l'agression.

À mon avis, il faut, pour contrecarrer ces effets, que les victimes d'agression sexuelle aient préalablement l'assurance que leurs dossiers médicaux ne pourront être communiqués à la défense.

Conclusion

Je conclurais, donc, que l'obligation de divulguer des dossiers médicaux ne peut être imposée que lorsqu'il y a des raisons graves de croire que, sans cette divulgation, il y aura vraisemblablement erreur judiciaire. Étant donné l'importance que notre société accorde à la confidentialité des dossiers médicaux et le grave préjudice que cause au témoin le fait de fouiller dans ses dossiers psychiatriques, ces dossiers ne devraient, à mon avis, être divulgués que s'il existe une preuve forte selon laquelle un doute sérieux plane sur l'habileté du témoin à témoigner ou que son témoignage sur un point particulier est peu fiable en raison des troubles médicaux dont il souffre et que, sans cette divulgation, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière subirait un grave préjudice. Le simple fait que la défense, comme elle l'a fait en l'espèce, évoque la possible pertinence de ces dossiers ou spéculé à cet égard ne saurait suffire.

La question de la divulgation des dossiers médicaux n'ayant pas fait l'objet d'un débat particulier dans le présent appel et vu que cette question reste ouverte, je m'abstiendrai pour le moment de discuter de façon plus précise des conditions ordinairement nécessaires pour satisfaire à ces considérations préliminaires.

However, in the event that medical records are released to the defence, in my view, their use must be limited to the specific purpose for which they were released. In other words, their use is limited to establishing that the witness's testimony is, by reason of a medical condition, unreliable. The defence may not ordinarily make further use of the records to obtain evidence on other issues to be decided. While there may be instances in which, because the evidence revealed is both directly relevant to the matter in issue and carries high probative value and inability to make further use of such information may lead to a miscarriage of justice, such instances will be rare indeed and even then, for the reasons which I have discussed above, defence counsel may not use these records to obtain information with which to impugn the credibility of the witness generally. Medical records, particularly psychiatric records, potentially provide a gold mine of material for defence lawyers in this regard. Therefore, in the extraordinary event that medical records are admitted into evidence, courts must take particular care in the case of sexual assault trials that medical records are not used to confront complainants about past sexual history or invoke rape mythology by raising issues which might be perceived by the trier of fact as establishing the "bad character" of the complainant, which is precisely what the defence here alleged: "what kind of person the complainant is".

In conclusion, I feel compelled to point out that the defence normally has no access to the medical records of a witness. Unless we are prepared to accept the argument that access to medical records is to be provided in every case in which credibility is an issue (which, for reasons of relevance, we do not), I fail to see how the inability to access this information, or to fully cross-examine the complainant on these records, prevents the accused from making full answer and defence. Such an argument would imply an entitlement on the part of the accused to virtually unrestricted latitude to expand the focus of the trial. The rights of the accused to both adduce evidence and cross-

Cependant, dans le cas où les dossiers médicaux sont divulgués à la défense, leur utilisation doit, à mon avis, être restreinte aux fins précises pour lesquelles ils ont été communiqués. En d'autres termes, leur utilisation se limite à établir que l'état de santé du témoin rend son témoignage peu fiable. En règle générale, la défense ne peut recourir à ces dossiers pour obtenir des éléments de preuve sur d'autres questions en litige. Certes, il peut y avoir des cas où, étant donné la pertinence directe et la haute valeur probante des éléments de preuve ainsi révélés, l'impossibilité d'utiliser ces autres éléments pourrait conduire à une erreur judiciaire, mais ces cas seront rares et encore là, pour les raisons déjà avancées, l'avocat de la défense ne pourra pas avoir recours à ces dossiers pour obtenir des informations lui permettant de contester la crédibilité du témoin en général. À cet égard, les dossiers médicaux, en particulier les dossiers psychiatriques, constituent une mine de renseignements potentiels pour les avocats de la défense. En conséquence, dans les cas exceptionnels où les dossiers médicaux sont admis en preuve, les tribunaux doivent veiller avec un soin particulier à ce que, dans les procès pour agression sexuelle, ces dossiers ne servent pas à interroger les plaignantes sur leur comportement sexuel antérieur ou à alimenter le mythe entourant le viol en soulevant des questions que le juge des faits risque de considérer comme établissant le «mauvais caractère» de la plaignante, ce que la défense a précisément allégué en l'espèce, savoir [TRADUCTION] «le genre de personne qu'est la plaignante».

En conclusion, je me dois de souligner que la défense n'a normalement pas accès aux dossiers médicaux des témoins. À moins que nous soyons disposés à accepter l'argument voulant que les dossiers médicaux doivent être communiqués dans tous les cas où la crédibilité est en cause (ce qui n'est pas le cas, pour des raisons de pertinence), je ne vois pas comment l'impossibilité d'avoir accès à ces renseignements, ou de contre-interroger pleinement la plaignante à cet égard, empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Un tel argument suppose que l'accusé jouirait d'une latitude virtuellement illimitée pour élargir le focus du procès. Or, les droits de l'accusé de présenter des

examine are not unlimited but must be first, circumscribed by the question of relevance and second, balanced by countervailing factors such as the privacy interests of the witness and the prejudice to both the witness and the trial process.

Application to the Case

In the present case, counsel to the appellant originally sought disclosure of the complainant's entire medical record and full cross-examination on all of the complainant's psychiatric problems, all her medication and all her counselling. Prior to disclosure, counsel freely admitted that he did not know what he would find and that the records might not supply him with anything of assistance, but he nonetheless claimed that they were necessary to make full answer and defence. The trial judge was apparently of the view that, because it was possible that the complainant might be suffering from a severe psychiatric illness, her medical records should be disclosed.

In my opinion, there is nothing in the record of this case to suggest that there were sufficient grounds to warrant an order for the disclosure of the records to the defence in the first place. The issue was the narrow one of consent to sexual relations with the appellant on the day in question. There was no evidence that the complainant was incapable of giving reliable testimony in general, let alone reliable testimony as to the particular issue to be decided. Rather, the opposite was true. The complainant was able to, and did give, prior to the order for disclosure, a clear, full and detailed account of the events. Nothing prevented the defence from conducting a full cross-examination of the complainant as to those events.

In addition, there was absolutely no evidence that the complainant was in fact suffering from a condition that would affect her capacity to give reliable testimony; the only evidence was that she had been admitted to the psychiatric ward on several occasions because of difficulties with her fam-

éléments de preuve et de procéder au contre-interrogatoire ne sont pas illimités; ils doivent, en premier lieu, être circonscrits par la question de pertinence et, en second lieu, être pondérés par des facteurs tels le droit du témoin à sa vie privée et le préjudice qui peut en résulter tant pour le témoin que pour le déroulement du procès.

Application à l'espèce

Dans la présente affaire, l'avocat de l'appelant a cherché à l'origine à obtenir communication de l'ensemble du dossier médical de la plaignante ainsi que l'autorisation de la contre-interroger sans restriction sur tous ses problèmes psychiatriques, tous les médicaments qu'elle prenait et toute l'aide psychologique qu'elle recevait. Avant le dépôt des dossiers médicaux, l'avocat a librement admis ne pas savoir ce qu'il allait y trouver et il a reconnu la possibilité qu'il ne trouve aucun élément utile, tout en affirmant néanmoins que les dossiers étaient nécessaires à une défense pleine et entière. Le juge du procès a apparemment été d'avis que les dossiers médicaux de la plaignante devaient être divulgués étant donné la possibilité qu'elle souffre d'une maladie psychiatrique grave.

À mon avis, rien au dossier ne laisse ici croire qu'il y avait, au départ, des motifs suffisants pour justifier une ordonnance de communication des dossiers à la défense. La question en litige se réduisait au consentement aux relations sexuelles avec l'appelant ce jour-là. Rien dans la preuve n'indiquait que la plaignante était incapable de donner un témoignage fiable en général et encore moins, quant à la question précise à trancher. Bien au contraire, la plaignante a été capable de faire, et a effectivement fait, avant l'ordonnance de communication des dossiers médicaux, un compte rendu clair, complet et détaillé des événements. Rien n'empêchait la défense de contre-interroger pleinement la plaignante sur ces événements.

De plus, il n'y avait absolument aucun élément indiquant que la plaignante souffrait, dans les faits, d'un trouble susceptible d'affecter son aptitude à rendre un témoignage fiable; le seul élément en preuve était qu'elle avait été admise dans une unité psychiatrique à plusieurs reprises à cause de diffi-

ily and problems related to low self-esteem. Moreover, the complainant herself had already admitted her psychiatric history prior to the release of her medical records. Thus, there was no evidence of a "hidden defect" in her mental condition that necessitated revelation by psychiatric testimony.

However, given the trial judge's understanding that he was required to order the disclosure of the complainant's medical records, in my opinion, it was not only proper but essential for him to restrict the purposes for which they could be used. Nor did the trial judge err in concluding that the privacy of the complainant was an important value which should play a role in determining the scope of the use of the medical records. Finally, the trial judge was entirely correct in refusing to allow the defence to cross-examine on the records to attempt to elicit information to establish the defence of mistaken belief in consent. The evidence in the medical records was, of necessity, totally irrelevant and without any probative value as regards this issue.

Despite the production of the medical records, the appellant was unable to establish via the complainant's doctor or its own expert witness that the complainant suffered from some defect of the mind that prevented her from reliably testifying as to consent to sexual relations on that day. The appellant's counsel cross-examined the complainant's own psychiatrist, Dr. MacTavish, in a *voir dire* on the basis of those records. However, Dr. MacTavish rejected the proposition that the complainant suffered from a personality disorder and, when asked directly about it by the trial judge, expressly stated that he thought her evidence was capable of being relied upon at face value.

However, once the appellant was in possession of the medical records, he then argued that, because the records were allowed in, he should be permitted unrestricted cross-examination on them to challenge the credibility of the complainant as to the issue of consent. For the reasons I have discussed, in my view the trial judge's discussion to

cultés avec sa famille et de problèmes liés à une faible estime de soi. Or, la plaignante avait déjà elle-même admis ses antécédents psychiatriques avant la divulgation des dossiers médicaux. Il n'y avait donc, eu égard à son état mental, aucune «déficience cachée» que seul aurait pu révéler le témoignage d'un psychiatre.

Étant donné, cependant, que le juge du procès s'estimait tenu d'ordonner la divulgation des dossiers médicaux de la plaignante, il était, à mon avis, non seulement approprié mais essentiel qu'il restreigne les fins auxquelles ceux-ci pouvaient être utilisés. Le juge du procès n'a pas non plus commis d'erreur en concluant que la vie privée de la plaignante constituait une valeur importante dont il fallait tenir compte dans la détermination du champ d'utilisation des dossiers médicaux. Enfin, il a eu tout à fait raison de ne pas permettre à la défense de contre-interroger la plaignante à ce propos afin de tenter d'en tirer des renseignements susceptibles d'étayer la défense de croyance erronée au consentement. Les éléments de preuve contenus dans les dossiers médicaux étaient, de toute évidence, dénués de toute pertinence et n'avaient aucune valeur probante à cet égard.

Malgré la production des dossiers médicaux, l'appelant n'a pu établir par l'entremise du médecin de la plaignante ou de son propre témoin expert que celle-ci souffrait d'une déficience mentale qui l'empêchait de témoigner de façon fiable quant au consentement aux relations sexuelles ce jour-là. L'avocat de l'appelant a contre-interrogé le psychiatre de la plaignante, le Dr MacTavish, lors d'un *voir-dire* sur ces dossiers. Ce dernier a rejeté la prétention selon laquelle la plaignante souffrait d'un trouble de la personnalité et, interrogé directement à ce sujet par le juge du procès, il a expressément dit croire que son témoignage était fiable à sa face même.

Toutefois, une fois en possession des dossiers médicaux, l'appelant a fait valoir que, puisqu'ils avaient été admis, il devait être autorisé à contre-interroger la plaignante sans restriction à leur sujet afin de contester sa crédibilité sur la question du consentement. Pour les motifs que j'ai exposés, l'analyse qu'a faite le juge du procès pour refuser

prevent the cross-examination was correct. Moreover, it is clear that the appellant intended to use these records to establish the very sort of prejudice to the complainant which informs rape myths.

In my opinion, once the appellant was unable to establish that the complainant was unable to give reliable testimony, the trial judge was entirely correct in finding that this was the end of any use of her medical records in the trial.

Contrary to the finding of the Court of Appeal, we do have a record, drawn from the submissions of the appellant's counsel which preceded the disclosure order and those preceding the ruling on the cross-examination, of the questions and line of inquiry that the defence intended to pursue in cross-examining the complainant on her medical records. Counsel to the appellant frankly admitted that he wanted to adduce evidence concerning her parents' reaction to the assault because "that relates directly to what kind of person the complainant is". Moreover, the cross-examination of her psychiatrist, Dr. MacTavish, on those records in the *voir dire* also clearly reveals the manner in which the appellant regarded the material as relevant. Both sources disclose that the defence intended to use the information gained from the record to wage a wide-ranging attack on the credibility of the complainant and establish her "bad character". This is evident in the *voir dire* of Dr. MacTavish, in which the defence raised such issues as her past use of drugs and alcohol, difficulties in social relations, previous history of sexual relations, and fights with her mother. I can only conclude that the defence hoped to use expert testimony on the medical records to invite the jury to draw inferences about the credibility of the complainant based on, among other things, her past sexual history. These are precisely the inferences based upon myths which work to the prejudice of complainants in sexual assault and which Parlia-

le contre-interrogatoire était correcte. De surcroît, il est clair que l'appelant entendait recourir à ces dossiers pour soulever contre la plaignante le type même de préjugés qui alimentent les mythes entourant le viol.

À mon avis, l'appelant ayant été incapable d'établir l'incapacité de la plaignante à rendre un témoignage fiable, le juge du procès a eu entièrement raison d'estimer que là s'arrêtait toute utilisation de ses dossiers médicaux au procès.

Contrairement à la conclusion de la Cour d'appel, il existe bel et bien au dossier, tel qu'il appert des prétentions qu'a fait valoir l'avocat de l'appelant avant l'ordonnance de communication des dossiers médicaux et avant la décision touchant le contre-interrogatoire, des indications concernant les questions que la défense souhaitait poser et la stratégie qu'elle entendait poursuivre en contre-interrogeant la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux. L'avocat de l'appelant a en effet admis en toute franchise qu'il voulait présenter des éléments de preuve concernant la réaction des parents de celle-ci à l'agression parce que [TRADUCTION] «cela touche directement le genre de personne qu'est la plaignante». De plus, le contre-interrogatoire de son psychiatre, le Dr MacTavish, sur ces dossiers lors du voir-dire révèle clairement la manière dont l'appelant concevait leur pertinence. Il ressort de ces deux sources que la défense entendait recourir aux renseignements émanant des dossiers pour mener une contestation en règle contre la crédibilité de la plaignante et établir son «mauvais caractère». Cela découle, à l'évidence, du contre-interrogatoire du Dr MacTavish dans lequel la défense a soulevé des questions tel l'usage antérieur que la plaignante a fait de drogue et d'alcool, les difficultés qu'elle a rencontrées dans ses relations sociales, ses relations sexuelles et ses disputes avec sa mère. Je peux seulement en conclure que la défense espérait se servir de témoignages d'experts sur les dossiers médicaux pour inviter le jury à en tirer des inférences quant à la crédibilité de la plaignante fondées, entre autres, sur son comportement sexuel antérieur. Or, telles sont précisément les inférences fondées sur des mythes qui sont préjudiciables aux victimes d'agression

ment, in its amendments to the law governing sexual assault, has attempted to prevent.

As to the proposed cross-examination of the complainant, in his submissions before this Court, the appellant urged that the July 9th notation in the complainant's medical record, to the effect that she was concerned that her behaviour may have influenced the appellant's behaviour, was relevant to the defences of consent and mistaken belief in consent. He also contended that entries in her medical records indicating that she had a turbulent relationship with her parents were relevant to the defence theory that she made up the allegations of the assault to avoid a confrontation with her parents after she had been out all night.

With regard to the July 9th notation, I am unable to see how this statement, four and a half months after the incident, can be at all relevant to the issues of consent or the appellant's mistaken belief in consent at the time. The complainant's reflections on how the situation might have been avoided, even assuming they are correct, can have no probative value as to whether or not there was consent to the assault or mistaken belief in consent on the part of the appellant. In any event, it is hardly surprising that such statements are to be found in her medical records; in this, as in other traumatic situations such as the death of a loved one, especially by suicide, it is not uncommon for people to blame themselves for the event. It is well-known that victims of sexual assault in particular often feel responsible for not having done enough to prevent the attack.

Furthermore, as the Court of Appeal noted in its reasons, there is no evidence that the medical record contained any prior inconsistent statements relevant to the complainant's testimony on the issue of consent. The trial judge, who heard all of the evidence and read all of the medical records, was unable to find any relevance to the proposed cross-examination and accordingly refused to permit the cross-examination. Nor does the appellant

sexuelle et que le législateur s'est efforcé de prévenir, en modifiant les dispositions régissant l'agression sexuelle.

En ce qui concerne le contre-interrogatoire projeté, l'appelant a fait valoir devant notre Cour que la note du 9 juillet figurant aux dossiers de la plaignante, et portant qu'elle craignait que son comportement ait pu influencer celui de l'appelant, était pertinente quant aux moyens de défense de consentement et de la croyance erronée au consentement. Il a également soutenu que les remarques concernant les relations turbulentes que la plaignante entretenait avec ses parents étaient pertinentes en ce qui concerne la thèse de la défense voulant qu'elle ait fabriqué les allégations d'agression pour éviter une confrontation avec eux au sujet de la nuit entière passée à l'extérieur.

En ce qui a trait à la note du 9 juillet, je ne puis voir en quoi cette déclaration, faite quatre mois et demi après l'incident, pourrait avoir quelque pertinence quant à la question du consentement au moment de l'incident ou à celle de la croyance erronée de l'appelant à cet égard. Les réflexions de la plaignante sur la façon dont la situation aurait pu être évitée, même en présumant de leur justesse, ne peuvent avoir aucune valeur probante quant à la question de savoir s'il y a eu ou non consentement à l'agression ou croyance erronée au consentement de la part de l'appelant. Quoi qu'il en soit, de telles déclarations n'ont rien d'étonnant; en pareil cas, comme dans d'autres situations traumatiques telle la mort d'un être cher, notamment par suicide, il n'est pas rare de ressentir un sentiment de culpabilité. Il est bien connu que les victimes d'agression sexuelle tout particulièrement se sentent souvent responsables de ne pas avoir tout fait pour prévenir l'attaque.

En outre, ainsi que l'a souligné la Cour d'appel dans ses motifs, rien dans la preuve n'indique que les dossiers médicaux contenaient des déclarations antérieures incompatibles pertinentes quant au témoignage de la plaignante sur la question du consentement. Le juge du procès, qui a entendu l'ensemble de la preuve et lu tous les dossiers médicaux, n'a pu voir aucune pertinence au contre-interrogatoire projeté et il a, en conséquence,

allege that the records contain prior inconsistent statements. In my opinion, the appellant clearly has not established that he has been prevented from making full answer and defence by the trial judge's ruling that he may not cross-examine the complainant on her psychiatric records.

On the issue of consent, the jury already had the benefit of the complainant's direct testimony as to the events themselves and the absence of the complainant's consent. She was cross-examined extensively on this issue. In addition, the appellant also testified as to his "expectations" about what would happen. Therefore, there was no need to resort to second hand reports in the medical records and no reason to believe that anything would be gained by questioning her further on this point, particularly as the appellant would have been bound by her answers on this collateral issue.

As to the issue of the accused's honest but mistaken belief in consent, the complainant's thoughts about the assault after the fact are completely irrelevant. The defence of mistaken belief in consent, as opposed to the defence of consent, normally only arises where the complainant and the accused tell essentially the same story about what occurred but differ in their interpretations as to whether the activity in question amounted to consent (see *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182 (H.L.), and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120). In the present case, any mistake of perception or interpretation that might have existed was a matter located solely in the mind of the appellant; nothing in the subsequent comments of the complainant could add to, detract from, or have any relevance to presence or absence of that belief at the time.

The material in the medical records concerning the complainant's relationship with her parents is also completely irrelevant to the issue of whether she was assaulted. Thus, any cross-examination in this area would be impermissible. But, in any

refusé de l'autoriser. L'appelant n'allègue pas non plus l'existence dans ces dossiers de déclarations antérieures incompatibles. À mon avis, l'appelant n'a manifestement pas établi que la décision du juge du procès de lui refuser l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers psychiatriques l'a empêché de présenter une défense pleine et entière.

Sur la question du consentement, le jury disposait déjà du témoignage direct de la plaignante sur les événements eux-mêmes et son absence de consentement. Elle a subi à ce sujet un contre-interrogatoire serré. De plus, l'appelant a également témoigné à propos de ses [TRADUCTION] «attentes» quant au déroulement des événements. Il n'y avait donc nul besoin de recourir à des éléments dérivés des dossiers médicaux et nulle raison de croire que d'autres questions pouvaient éclairer ce point, compte tenu en particulier du fait que l'appelant aurait été lié par les réponses de la plaignante sur cette question incidente.

Quant à la question de la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement, les pensées qu'a pu avoir après le fait la plaignante au sujet de l'agression sont dépourvues de toute pertinence. Par opposition à la défense de consentement, la défense de croyance erronée au consentement n'est normalement soulevée que lorsque la plaignante et l'accusé racontent essentiellement la même version mais que leur interprétation diverge quant à savoir si l'activité en cause équivalait à un consentement (voir *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182 (H.L.), et *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120). Dans la présente affaire, toute erreur de perception ou d'interprétation existait uniquement dans la tête de l'appelant; rien dans les commentaires subséquents de la plaignante ne saurait donc ajouter ou retrancher quelque élément ou avoir quelque pertinence quant à la présence ou à l'absence de cette croyance à l'époque.

Les informations contenues dans les dossiers médicaux au sujet des relations de la plaignante avec ses parents n'ont également aucune pertinence quant à la question de savoir si elle a été agressée. Par conséquent, tout contre-interrogatoire

event, the jury was already aware of the complainant's difficulties with her parents and the theory of the defence that she invented the story of the assault to avoid repercussions with her parents. Again, there is no evidence that further cross-examination on this issue would have had any effect on the outcome of the trial.

In summary, important as cross-examination is, and I agree with Cory J. on this, I cannot agree that the appellant was denied the opportunity to make full answer and defence because he was unable to cross-examine the complainant on her medical record. There is nothing to suggest that the material in the records for this proposed cross-examination was anything other than irrelevant to the issue of her consent to the assault. Moreover, it is obvious that it would have been highly prejudicial and that its purpose was to attack the credibility of the complainant in a general way by putting before the jury every difficulty in her personal life in the hope that they would then draw negative inferences about her character and credibility. Cross-examination for this purpose is clearly impermissible; furthermore, it could only have prejudiced the trial by distracting the jury from the narrow issue of consent to the assault on that particular event.

Disposition

In the result, I find that s. 265(4) of the *Criminal Code* is constitutional and, like McLachlin J., I would dismiss the appeal.

The reasons of La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal raises two issues — the question of what must be established before the judge may put the defence of honest but mistaken belief to the jury in a case of sexual assault and the question of when cross-examination on sensitive medical records should be allowed in such a case. Both are issues of great

sur ce point serait inadmissible. À tout événement, le jury était déjà au courant des difficultés qu'avait la plaignante avec ses parents et de la thèse de la défense voulant qu'elle ait inventé l'histoire de l'assaut pour éviter leurs reproches. Encore là, rien ne prouve qu'un contre-interrogatoire additionnel sur cette question aurait influé de quelque façon sur l'issue du procès.

En résumé, aussi important que soit le contre-interrogatoire et, sur ce point je partage l'opinion du juge Cory, je ne puis souscrire à son avis selon lequel l'appelant a été privé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière parce qu'il n'a pu contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux. Rien ne laisse croire que les informations que renfermaient ces dossiers aux fins du contre-interrogatoire projeté aient pu avoir quelque pertinence quant à la question du consentement à l'agression. De plus, il est évident que ce contre-interrogatoire aurait été fortement préjudiciable et qu'il visait à contester la crédibilité générale de la plaignante en soumettant aux jurés toutes les difficultés auxquelles elle s'était heurtée dans sa vie personnelle, dans l'espoir qu'ils en tireraient des conclusions négatives sur sa moralité et sa crédibilité. Un contre-interrogatoire mené à cette fin est manifestement inadmissible; de plus, il n'aurait pu que nuire au procès en détournant l'attention du jury de la question précise du consentement à l'agression lors de cet incident particulier.

Dispositif

En définitive, je conclus à la constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel* et, comme Madame le juge McLachlin, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi soulève deux questions — celle des éléments qu'il faut établir dans une affaire d'agression sexuelle pour que le juge puisse soumettre au jury le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement, et celle de savoir dans quels cas il convient dans ce genre d'affaire

importance, not only to the proper development of the criminal law, but also to the proper prosecution of one of the most serious maladies that afflicts our society, sexual assault.

While I agree with much of what my colleagues Cory J. and L'Heureux-Dubé J. say, I take a somewhat different approach to each of the two issues raised on this appeal. In the end, I would dismiss this appeal substantially for the reasons given by the Court of Appeal of British Columbia.

The facts have been detailed by my colleagues. On some things, the evidence is uncontradicted. There is no dispute that the two accused, Osolin and McCallum, went to the complainant's trailer and entered her bedroom after having been told she was "easy". There is no dispute that their intention was to have sexual intercourse with her. There is no dispute that Smith, the man she was with, was driven away. There is no dispute that Osolin carried the complainant out of the trailer and that she was protesting as he did so. There is no dispute that she was driven 40 miles to a remote cabin, where McCallum, the driver, left Osolin and the complainant. There is no dispute that Osolin tied the complainant up, spread-eagled on the bed, and then had sexual intercourse with her. There is no dispute that the complainant was found crying and hysterical on the highway at 3:30 a.m. in the morning, nor that she told the police that she had been raped. There is no dispute that her hysteria continued, and that she was taken to hospital. Finally, there is no dispute that her physical condition, including a bruised wrist and bruising and discoloration to the pubic area, was more consistent with resistance and rape than with consensual intercourse. Additionally, the complainant's version of the struggle was confirmed by the discovery of her underpants about 20 feet from the trailer, where she said they had been torn off her after she was placed in the back seat of the car that took her to the remote cabin. The appellant admitted that the complainant made some protests over the course of

de permettre le contre-interrogatoire sur des dossiers médicaux délicats. Ces deux questions revêtent une grande importance, non seulement quant à l'évolution régulière du droit criminel mais également en ce qui touche la répression nécessaire de l'un des maux les plus graves qui affligent notre société, l'agression sexuelle.

Bien que je souscrive en bonne partie aux motifs de mes collègues les juges Cory et L'Heureux-Dubé, j'aborde de façon quelque peu différente chacune des deux questions soulevées dans ce pourvoi. En définitive, je rejetterais le pourvoi pour essentiellement les mêmes motifs que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Les faits ont été analysés en détail par mes collègues. Sur certains points, la preuve n'est pas contestée. Il n'est pas contesté que les deux accusés, Osolin et McCallum, se sont rendus dans la roulotte de la plaignante et sont entrés dans sa chambre après s'être fait dire qu'elle était [TRADUCTION] «facile». Il n'est pas contesté que leur intention était d'avoir avec elle des rapports sexuels. Il n'est pas contesté que Smith, l'homme avec qui elle était, a été expulsé. Il n'est pas contesté qu'Osolin a porté la plaignante à l'extérieur de la roulotte, malgré ses protestations. Il n'est pas contesté qu'elle a été conduite à 40 milles de là dans un chalet isolé où McCallum, le conducteur, a laissé Osolin et la plaignante. Il n'est pas contesté qu'Osolin l'a alors attachée bras et jambes écartés sur le lit et qu'il a eu des rapports sexuels avec elle. Il n'est pas contesté que la plaignante a été retrouvée en pleurs et hystérique sur la route à 3 h 30 du matin, et qu'elle a dit au policier qu'elle avait été violée. Il n'est pas contesté que sa crise d'hystérie s'est poursuivie et qu'elle a été conduite à l'hôpital. Enfin, il n'est pas contesté que son état physique, notamment les meurtrissures au poignet et les meurtrissures et la décoloration dans la région pubienne, correspondait davantage à la résistance et au viol qu'à des rapports consensuels. De plus, la lutte dont la plaignante a fait état a été confirmée par la découverte de sa culotte à une vingtaine de pieds de la roulotte où, selon son témoignage, on la lui avait déchirée après l'avoir déposée sur le siège arrière de la voiture qui a servi

the evening (C.O.A., at p. 471), that he overrode her complaints about her nakedness (C.O.A., at p. 497) and that he tends to adopt the attitude that "no" means "yes" until there is a clear indication of no consent (C.O.A., at p. 509).

On the issue of consent, the complainant's and Osolin's stories diverged entirely. The complainant maintained that she never consented to the abduction, and resisted as best she could throughout the long ordeal. Osolin, on the other hand, maintains that she was a willing participant in the night's events.

Osolin was charged with sexual assault and kidnapping. McCallum was charged with kidnapping. Osolin's defence, as revealed by his evidence, McCallum's evidence, and the nature of the cross-examination of the complainant, was that the complainant had consented. The theory of the defence was that the complainant had in fact consented to the sexual abduction and acts, and had fabricated the story that she had not consented after the fact to avoid confrontation with her parents. Osolin did not specifically deny that he had forcibly confined the complainant by taking her out of the trailer or having her driven to the cabin. He testified, however, that she seemed to be going along with things, albeit passively, and said in cross-examination that he had no doubt that everything that took place in the cabin took place by consent (C.O.A., at p. 458). The burden of his evidence was that the complainant had in fact consented; he never addressed the question of whether he might merely have had an honest belief in her consent, even though she did not consent.

The trial judge, while leaving it open to the jury to find that the complainant had consented, refused to leave with them the defence that Osolin had an honest but mistaken belief that she had consented, on the ground that the evidence did not give that defence an "air of reality" as required by the law. The jury convicted him of kidnapping and sexual assault and he was sentenced to six years in prison.

à la conduire au chalet isolé. L'appelant a admis que la plaignante avait émis quelques protestations au cours de la soirée (dossier, à la p. 471), qu'il n'avait pas tenu compte de ses plaintes à propos de sa nudité (dossier, à la p. 497) et qu'il a tendance à agir comme si «non» veut dire «oui» tant qu'il n'est pas tout à fait clair qu'il n'y a pas consentement (dossier, à la p. 509).

Sur la question du consentement, il y a divergence totale entre la version de la plaignante et celle d'Osolin. La plaignante a affirmé n'avoir jamais consenti à l'enlèvement et avoir résisté du mieux qu'elle pouvait tout le temps que l'épreuve a duré. De son côté, Osolin soutient qu'elle a été une participante consentante aux incidents de la nuit.

Osolin a été accusé d'agression sexuelle et d'enlèvement. McCallum a quant à lui été accusé d'enlèvement. La défense d'Osolin, tel qu'il appert de son témoignage, de celui de McCallum et de la nature du contre-interrogatoire de la plaignante, reposait sur le consentement allégué de la plaignante. Selon la thèse de la défense, la plaignante avait de fait consenti à l'enlèvement et aux actes sexuels pour ensuite inventer l'histoire de l'absence de consentement pour éviter un affrontement avec ses parents. Osolin n'a pas expressément nié l'avoir séquestrée en la tirant de la roulotte et en l'amenant en voiture au chalet. Il a cependant déclaré dans son témoignage qu'elle semblait accepter ce qui se passait, bien que passivement; en contre-interrogatoire, il a dit n'avoir aucun doute qu'elle a consenti à tout ce qui s'est passé dans le chalet (dossier, à la p. 458). L'essentiel de sa preuve reposait donc sur le consentement, dans les faits, de la plaignante; il n'a jamais évoqué la possibilité qu'il ait simplement cru sincèrement à son consentement bien qu'elle n'ait pas consenti.

Tout en laissant au jury le soin de déterminer s'il y avait eu consentement de la plaignante, le juge du procès a refusé de lui soumettre le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée d'Osolin à ce sujet, pour le motif que ce moyen n'avait, d'après la preuve, aucune «vraisemblance» comme l'exige la loi. Le jury l'a déclaré coupable d'enlèvement et d'agression sexuelle, et il a été

The British Columbia Court of Appeal sustained the conviction: (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159. Osolin now appeals to this Court.

Analysis

Restriction of Cross-examination

The complainant spent time in psychiatric care before and after the events at issue on the trial. Osolin's counsel sought and was granted production of her medical records for the purpose of permitting an expert to consider the complainant's competence to testify under oath. The validity of the order for production is not in issue on these proceedings.

Osolin's counsel sought leave to cross-examine the complainant on these records, and in particular on an entry to the effect that the complainant, subsequent to the events in issue, had expressed concern to her doctor "that her attitude and behaviour may have influenced the man to some extent" and that she was "having second thoughts about the entire case". Osolin's counsel told the judge that the purpose of the cross-examination was to show "what kind of person the complainant is".

I agree with my colleague Cory J.'s review of the principles governing the decision of the trial judge whether to permit cross-examination on matters such as this. I also agree with the emphasis my colleague L'Heureux-Dubé J. places both on the discretionary nature of the judge's decision where the evidence relates to the prior sexual conduct of the complainant, and on the caution which a court must exercise in permitting examination on matters like the complainant's background, which may have little or no relevance to the actual issues and at the same time may unduly prejudice her reputation and privacy. Moreover, as pointed out by my colleague L'Heureux-Dubé J., there may be special dangers associated with the use of psychiatric evidence in cross-examination. The rule is clear.

condamné à une peine de six ans d'emprisonnement. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu la déclaration de culpabilité: (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159.

^a Osolin se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Analyse

Les restrictions au contre-interrogatoire

Avant et après les événements en cause au procès, la plaignante a reçu des soins psychiatriques. L'avocat d'Osolin a demandé et obtenu la communication des dossiers médicaux de celle-ci aux fins de permettre à un expert d'examiner son habileté à témoigner sous serment. La validité de l'ordonnance de production n'est pas en cause dans la présente instance.

^b L'avocat d'Osolin a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ces dossiers et, en particulier, au sujet de la note faisant état des craintes qu'elle avait exprimées à son médecin après les événements en cause, savoir [TRADUCTION] «que son attitude et son comportement aient pu influencer l'homme jusqu'à un certain degré». La note précisait qu'elle commençait [TRADUCTION] «à avoir des doutes quant à toute l'affaire». L'avocat d'Osolin a expliqué au juge que le contre-interrogatoire avait pour but de montrer [TRADUCTION] «le genre de personne qu'est la plaignante».

^c Je souscris à l'analyse de mon collègue le juge Cory en ce qui concerne les principes régissant la décision du juge du procès d'autoriser ou non un contre-interrogatoire en pareil cas. Je suis également d'accord avec l'accent que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé a mis sur le caractère discrétionnaire de la décision du juge lorsque la preuve se rapporte au comportement sexuel antérieur de la plaignante et sur la prudence dont le tribunal doit faire montre en permettant qu'elle soit interrogée sur des questions tels ses antécédents, dont la pertinence quant aux points réels en litige peut être faible sinon inexistante tout en portant indûment atteinte à sa réputation et à sa vie privée. De plus, comme l'a souligné le juge L'Heureux-Dubé, l'utilisation de la preuve psychiatrique en contre-inter-

Before cross-examination can be allowed on a complainant's prior sexual conduct, the defence must demonstrate that the cross-examination possesses "a degree of relevance which outweighs the damages and disadvantages presented by the admission of such evidence": *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 634.

This then was the task of the trial judge. Faced with the application for cross-examination, he had to determine whether the defence had demonstrated a potential relevance to the cross-examination capable of outweighing the damage and invasion of privacy it might cause to the complainant. To be satisfied that the threshold of relevance is met, the trial judge, as I said in *Seaboyer* (at p. 634), "must ensure that evidence is tendered for a legitimate purpose, and that it logically supports a defence". I specifically added: "The fishing expeditions which unfortunately did occur in the past should not be permitted." (Emphasis added.)

In order to meet this test, the accused must demonstrate that the cross-examination is directed at a "legitimate purpose", at a specific defence. Here counsel for the accused failed to do this. The only purpose he gave for wanting to cross-examine on the medical record was to show "what kind of person the complainant is". As Cory J. states, this is the very sort of improper purpose for which evidence cannot be adduced under the principles which this Court adopted in *Seaboyer*, and that without something more, "the trial judge was correct in refusing to permit cross-examination for that purpose" (p. 673).

The question then is whether this "something more" was shown in this case. Counsel for Osolin did not offer anything more; his only purpose on the record was to discredit the complainant's character.

But it is argued that counsel's failure to adduce a relevant reason for the cross-examination does

rogatoire peut présenter des dangers particuliers. La règle est claire. Pour être autorisée à contre-interroger la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur, la défense doit établir que le contre-interrogatoire possède «un degré de pertinence qui l'emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l'admission de cette preuve»: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 634.

Telle était donc la tâche du juge du procès. Étant donné la demande de contre-interrogatoire qui lui était présentée, il devait déterminer si la défense avait établi que ce contre-interrogatoire avait une pertinence telle qu'elle était susceptible de l'emporter sur le préjudice causé à la plaignante et sur l'atteinte à sa vie privée. Pour pouvoir conclure au respect du critère préliminaire de la pertinence, le juge du procès, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Seaboyer*, à la p. 634, «doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense». À quoi j'ai ajouté expressément: «Les recherches à l'aveuglette qui ont malheureusement sévi dans le passé ne doivent plus être autorisées.» (Je souligne.)

Pour que ce critère soit respecté, l'accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire vise une «fin légitime», un moyen de défense particulier. En l'espèce, l'avocat de l'accusé n'a pas fait cette preuve. Tout ce qu'il a fait valoir, c'est qu'il voulait ainsi montrer «le genre de personne qu'est la plaignante». Comme le dit le juge Cory, c'est le type même de fin induue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits suivant les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Seaboyer*, et en l'absence d'autre précision, «le juge du procès a eu raison de refuser d'autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire à cette fin» (p. 673).

La question est donc de savoir si cette «autre précision» a été apportée en l'espèce. Or, l'avocat d'Osolin n'a fait valoir aucun autre motif, son seul but étant, d'après le dossier, de discréditer la réputation de la plaignante.

On allègue toutefois que le défaut de l'avocat de justifier la pertinence du contre-interrogatoire ne

not end the inquiry imposed on the trial judge. It is suggested that the judge has an independent duty to examine the material available for cross-examination and to ensure that any relevant avenues for impeachment of the complainant which counsel for the accused may have overlooked are explored. It is further said that the trial judge failed to discharge this duty. He should, it is suggested, have insisted that cross-examination take place on the notation in question, not with a view to what it might show about the complainant's character, but rather for the purpose of showing that the complainant might have had a motive to falsely allege that she was the victim of a sexual assault, as well as on the question of whether she did anything which might have led Osolin to believe that she was consenting to his sexual advances. Accordingly, it is argued, there must be a new trial.

The Court of Appeal rejected this submission. Southin J.A., for the court, held that the failure of counsel to raise a valid reason for the cross-examination was fatal to this ground of appeal. My colleague Cory J., on the other hand, accepts this submission. Respectfully, I find myself in Southin J.A.'s camp.

My colleague Cory J. (at p. 673) states that "quite apart from the submissions of the defence counsel, it is the duty of the trial judge to ensure that the accused's rights with regard to cross-examination, which are so essential to the defence, are protected". This statement seems to me to pose two difficulties.

The first difficulty is the implication that, contrary to the rule set out in *Seaboyer*, the onus will no longer lie solely upon the accused to establish a legitimate purpose for the cross-examination. Instead, where defence counsel fails to demonstrate a legitimate purpose, the onus may now shift to the trial judge to determine independently whether there are any potential grounds for a legitimate cross-examination.

met pas fin à la tâche d'investigation incombant au juge du procès. Ce dernier, dit-on, a l'obligation distincte d'examiner les éléments sur lesquels est susceptible de porter le contre-interrogatoire et de faire en sorte que soient explorées toutes les avenues pouvant conduire au reproche de la plaignante et que l'avocat de l'accusé a pu négliger. On ajoute que le juge du procès ne s'est pas acquitté de cette obligation. Il aurait dû, soutient-on, insister pour qu'un contre-interrogatoire soit tenu sur la note en cause, non pas en vue d'en tirer des révélations sur la moralité de la plaignante mais plutôt aux fins d'établir que celle-ci aurait pu avoir des raisons d'alléguer faussement avoir été victime d'une agression sexuelle, ainsi que sur la question de savoir si elle a fait quoi que ce soit qui aurait pu porter Osolin à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles. Conséquemment, estime-t-on, un nouveau procès s'impose.

La Cour d'appel a rejeté cette thèse. Au nom de la cour, le juge Southin a conclu que l'absence de motif valide à l'appui de la demande de contre-interrogatoire était fatale à ce moyen d'appel. En revanche, mon collègue le juge Cory a accepté cette argumentation. Avec égards, je me range à l'avis du juge Southin.

Mon collègue le juge Cory dit (à la p. 673) qu'«indépendamment des prétentions avancées par l'avocat de la défense, il incombe au juge du procès de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés». Cet énoncé me semble susciter deux difficultés.

La première est que, contrairement à la règle formulée dans l'arrêt *Seaboyer*, il n'appartiendrait plus alors uniquement à l'accusé d'établir la légitimité de la fin visée par le contre-interrogatoire. Au contraire, dans le cas où l'avocat de la défense ne réussirait pas à établir cette légitimité, la charge se déplacerait et c'est au juge du procès qu'il incomberait de déterminer de façon indépendante s'il y a potentiellement matière à contre-interrogatoire légitime.

The second difficulty lies in what would follow upon a judicial determination that potential grounds for legitimate cross-examination remain to be explored. Cory J. (at p. 673) says in such circumstances it is “appropriate to permit cross-examination”. (Emphasis added.) But it is not a matter of permitting, since counsel has not requested the cross-examination for the legitimate purpose. In a case like this, where counsel has not requested permission to cross-examine on the matters which are legitimate, two options would seem to be open to the judge if he or she is to discharge his or her duty “to ensure that the accused’s rights with regard to cross-examination, which are so essential to the defence, are protected”. First, the judge could direct counsel to cross-examine on the untouched matter for the proper purpose. (It would seem insufficient to merely suggest such cross-examination, since if counsel declined, that would not ensure that the accused’s rights are protected.) Second, the trial judge could himself undertake the omitted cross-examination. Both alternatives are fraught with difficulty. On the first, the trial judge usurps the right of counsel (and impliedly the accused) to conduct the case as they see fit. On the second, the trial judge finds himself drawn into the role of counsel.

It is my view that to place a duty on a trial judge to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored is inconsistent with the nature of our trial process and would confuse and complicate the prosecution of criminal offences unduly. Our criminal trial system is essentially adversarial. The Crown puts forward evidence directed to showing that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. The accused points out weaknesses in the Crown’s case and sometimes offers contrary evidence. The court, comprised of judge and jury, sits as neutral arbiter, charged with deciding, whether, at the close of all the evidence, the Crown has proven the accused guilty beyond a reasonable doubt.

La seconde difficulté a trait aux conséquences qui résulteraient de la décision du juge portant qu’il y a encore potentiellement matière à contre-interrogatoire légitime. Le jury Cory dit (à la p. 673) que, dans les circonstances, le juge du procès «aurait dû autoriser le contre-interrogatoire». (Je souligne.) Or il ne s’agit pas d’autoriser le contre-interrogatoire puisque l’avocat ne l’a pas demandé pour une fin légitime. Dans un cas comme celui-ci où l’avocat n’a pas demandé l’autorisation de contre-interroger sur des sujets qu’il peut légitimement aborder, le juge qui veut s’acquitter de son obligation «de s’assurer que les droits de l’accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés» aurait, semble-t-il, deux options à sa disposition. En premier lieu, il pourrait ordonner à l’avocat de procéder à un contre-interrogatoire, à des fins légitimes, sur les sujets qui n’ont pas été abordés. (Il serait insuffisant de simplement suggérer la tenue de ce contre-interrogatoire puisque, advenant le refus de l’avocat, la protection des droits de l’accusé ne serait pas assurée.) En second lieu, il pourrait entreprendre lui-même le contre-interrogatoire omis. Or, les deux perspectives présentent des difficultés. Dans le premier cas, le juge du procès usurpe le droit de l’avocat (et implicitement celui de l’accusé) de présenter sa preuve comme il l’entend. Dans le second, il assume lui-même le rôle de l’avocat.

À mon sens, imposer au juge du procès l’obligation de voir à ce que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées est incompatible avec la nature même du processus judiciaire et ne ferait qu’embrouiller et compliquer indûment la poursuite des infractions criminelles. Notre système pénal est de type essentiellement contradictoire. Le ministère public présente des éléments de preuve visant à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. L’accusé fait ressortir les faiblesses de la preuve du ministère public et présente parfois une contre-preuve. Le tribunal, composé d’un juge et d’un jury, siège à titre d’arbitre neutre chargé de décider si, après présentation de tous les éléments de preuve, le ministère public a prouvé la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable.

The dangers of the judge abandoning the traditional role of neutral adjudicator have often been confirmed. The general rule has emerged that while judges may ask questions of clarification and amplification, they need not, indeed should not, take the case out of the hands of competent counsel and into their own hands: *Boran v. Wenger*, [1942] O.W.N. 185 (C.A.); *R. v. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248 (Man. C.A.); *Majcenic v. Natale*, [1968] 1 O.R. 189 (C.A.); and *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.). Indeed, trial judges have been criticized and verdicts overturned precisely because judges have entered the arena and subjected the accused to their own cross-examination: *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (Ont. C.A.); *R. v. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), leave to appeal to Supreme Court of Canada refused, [1986] 1 S.C.R. xiii.

A number of considerations support this view of the proper role of the trial judge. First, the judge must not only be impartial; he or she must appear to be impartial; *R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259. A judge who takes up the role of counsel, whether for the Crown or for the defence, risks giving the appearance of partiality and courts the danger of psychological identification with the successful answers he or she elicits.

A second risk is that judicial intervention may harm the case for the defence. Defence counsel may have good reason for leaving untouched an area of cross-examination which may seem to be a fertile ground for exploration to a trial judge who lacks the opportunities available to counsel of exploring and considering the implications of raising the issue. In *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183 (C.A.), cited with approval in *Brouillard*, *supra*, Lord Greene M.R. explained, at p. 185 that: "It must always be borne in mind that the judge does not know what is in counsel's brief and has

On a souvent souligné le danger de voir les juges abandonner leur rôle traditionnel d'arbitre neutre. Il s'est dégagé à cet égard la règle générale voulant que, si les juges peuvent poser des questions à des fins de clarification et d'explicitation, ils ne sont pas pour autant obligés de se substituer aux avocats compétents, et devraient de fait s'en abstenir: *Boran c. Wenger*, [1942] O.W.N. 185 (C.A.); *R. c. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248 (C.A. Man.); *Majcenic c. Natale*, [1968] 1 O.R. 189 (C.A.), et *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.). D'ailleurs, des juges président des procès ont été critiqués et des verdicts ont été infirmés précisément parce que les juges étaient montés dans l'arène pour soumettre l'accusé à leur propre contre-interrogatoire: *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (C.A. Ont.); *R. c. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii.

Cette conception du juste rôle du juge du procès repose sur un certain nombre de considérations. D'abord, le juge ne doit pas seulement être impartial; il doit donner l'apparence d'impartialité; *R. c. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259. Le juge qui usurpe le rôle de l'avocat, qu'il s'agisse de l'avocat du ministère public ou de celui de la défense, risque de donner une apparence de partialité et s'expose au danger d'une identification psychologique aux réponses qu'il aura réussi à obtenir.

L'intervention judiciaire comporte un second risque, celui d'être préjudiciable à la défense. L'avocat de la défense peut avoir de bonnes raisons de ne pas s'engager, en contre-interrogatoire, sur un terrain qui peut sembler fertile au juge qui n'a pas, comme lui, la possibilité d'évaluer les conséquences d'aborder la question. Dans l'arrêt *Yuill c. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183 (C.A.), cité et approuvé dans *Brouillard*, précité, lord Greene, maître des rôles, explique, à la p. 185, qu'[TRADUCTION] «[o]n ne doit jamais perdre de vue que le juge ignore la teneur du mémoire de l'avocat et n'a

not the same facilities as counsel for an effective examination-in-chief or cross-examination”.

Finally, it is questionable whether the efficient conduct of trials supports mandatory judicial intervention on cross-examination where counsel fails to explore potential areas of cross-examination. The trial judge already bears the heavy burden of running the trial in a fair and expeditious manner and listening to and evaluating the evidence. In a jury trial, he or she assumes the additional burden of ensuring that the jury is properly instructed. To add to this the duty to review potential areas of cross-examination which counsel has left untouched would place upon the trial judge yet another task, that of counsel — counsel, moreover, for both parties. The task might be time-consuming, as the present case illustrates. The medical records filed in the case at bar consisted of approximately 100 pages of reports. If the appellant is correct, the trial judge must examine all of these pages to see whether there may be some entry which might be a ground for cross-examination supportive of the defence. Presumably, in fairness, the judge would be obliged to do the same with respect to the Crown’s case. Bearing these implications in mind, it seems to me that the only fair and practical rule is to leave it to counsel to choose the cross-examination upon which they will embark. The judge may ask questions by way of clarification and amplification. But he or she is not to be faulted for having failed to insist upon the cross-examination of an area which counsel has chosen to leave fallow.

My colleague Cory J. suggests that a court of appeal confronted by an unexplored avenue of cross-examination which might have led to a reasonable doubt as to guilt should direct a new trial to avoid a miscarriage of justice. Accepting for the purposes of this point that a court of appeal is bound to direct a new trial where it appears that counsel has chosen not to canvas a crucial point in cross-examination which might lead to a miscarriage of justice, I do not see this as such a case. It was argued that cross-examination on the notation

pas les mêmes possibilités que l’avocat de mener un interrogatoire principal ou un contre-interrogatoire efficaces».

Enfin, il est douteux que le déroulement efficace des procès requiert que le juge intervienne en contre-interrogatoire lorsque l’avocat a omis d’explorer certaines avenues. Le juge qui préside l’instance assume déjà la lourde tâche de veiller à ce que le procès se déroule dans l’équité et la célérité, d’écouter la preuve et d’en faire l’appréciation. Dans un procès avec jury, il assume en outre la tâche de voir à ce que ce dernier reçoive les directives appropriées. Ajouter à cela le devoir de passer en revue les avenues possibles de contre-interrogatoire que l’avocat a laissé intactes serait lui imposer une autre tâche, celle de l’avocat — des deux parties au surplus. Cette tâche pourrait demander un temps considérable, comme en témoigne la présente affaire. Les dossiers médicaux produits en l’espèce consistent en une centaine de pages de rapports. Si l’appelant a raison, le juge du procès doit examiner toutes ces pages pour voir s’il n’y aurait pas quelque note sur laquelle la défense pourrait asseoir un contre-interrogatoire. On peut présumer qu’en toute équité le juge serait obligé d’agir de même à l’égard de la preuve du ministère public. Cela étant, il me semble que la seule règle équitable et pratique est de laisser aux avocats le choix du type de contre-interrogatoire dans lequel ils désirent s’engager. Le juge peut poser des questions à des fins de clarification et d’explicitation. Mais on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir insisté pour que soit abordée en contre-interrogatoire une avenue que l’avocat a choisi de laisser en friche.

Mon collègue le juge Cory a laissé entendre que, devant la possibilité qu’une avenue inexplorée de contre-interrogatoire ait pu soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité, le tribunal d’appel devrait ordonner la tenue d’un nouveau procès afin d’éviter une erreur judiciaire. En présumant, aux fins de la présente analyse, qu’un tribunal d’appel est tenu d’ordonner un nouveau procès lorsqu’il appert que l’avocat a choisi, en contre-interrogatoire, de ne pas fouiller un point crucial qui peut entraîner une erreur judiciaire, je ne crois pas que

in question might have led to an admission by the complainant that she fabricated the story of sexual assault to avoid confrontation with her parents. I agree with Southin J.A. in the Court of Appeal that to the extent that the evidence elicited might have had some slight evidentiary value with respect to the defence's theory that she had fabricated the story to avoid confrontation with her parents, no substantial wrong or miscarriage of justice can be said to have occurred. There was ample evidence before the jury of the difficult relationship that existed between the complainant and her parents and their disapproval of some of her conduct.

Before us, it was argued that cross-examination might also have supported the alternative theory that the accused honestly but mistakenly believed the complainant consented. There is a question, as my colleague L'Heureux-Dubé J. points out, as to the importance of any answers that might have been elicited, given the well-documented phenomenon of victim guilt in cases such as these. In any event, it is far from clear that answers favourable to the accused on this point would have made any difference to the jury's verdict in the context of all the evidence of the case. In this connection, I note that the trial judge permitted one Bragg to be cross-examined as to what he told Osolin about the complainant's engaging in sexual activity with one Dick the day of the events at issue. He also ruled that the complainant could be cross-examined as to her sexual activity on that day. In short, there was already a great deal of negative evidence before the jury about the complainant's "attitude and behaviour" on the day in question. In these circumstances, I find it impossible to conclude that defence counsel's failure to cross-examine on these same matters entitles Osolin to a new trial.

In assessing whether the trial judge should have intervened, it must be borne in mind that this line of questioning would have contradicted the theory of the defence at trial. The defence, as characterized by Osolin's evidence and his counsel's cross-

tel soit le cas en l'espèce. On a fait valoir qu'un contre-interrogatoire sur la note en cause aurait pu amener la plaignante à avouer qu'elle avait inventé l'histoire de l'agression sexuelle pour éviter l'affrontement avec ses parents. Tout comme le juge Southin de la Cour d'appel, j'estime que, dans la mesure où les éléments de preuve ainsi obtenus auraient pu avoir une faible valeur probante quant à la thèse de la défense concernant la fabrication de cette version, on ne peut conclure à un tort important ou à une erreur judiciaire grave. Le jury disposait déjà d'une preuve abondante quant aux relations difficiles existant entre la plaignante et ses parents, qui désapprouvaient certains de ses comportements.

Il a été allégué devant nous que le contre-interrogatoire aurait pu également servir à étayer la thèse subsidiaire de la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement de la plaignante. On peut s'interroger, à l'instar de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, sur la valeur des réponses qui auraient pu être obtenues, compte tenu du phénomène bien connu de la culpabilité des victimes dans ce genre d'affaires. Quoi qu'il en soit, il est loin d'être certain que des réponses favorables à l'accusé sur ce point auraient pu influencer le jury vu l'ensemble de la preuve. À ce sujet, je note que le juge du procès a permis que le dénommé Bragg soit contre-interrogé sur ce qu'il a dit à Osolin à propos des activités sexuelles de la plaignante avec le dénommé Dick le jour des événements en cause. Il a également permis que la plaignante soit contre-interrogée sur ses activités sexuelles ce jour-là. En bref, le jury disposait donc déjà d'un grand nombre d'éléments de preuve négatifs concernant «son attitude et son comportement» à ce moment. Dans les circonstances, il m'est impossible de conclure que le fait que l'avocat de la défense n'ait pas procédé à un contre-interrogatoire sur ces questions donne à Osolin le droit d'obtenir un nouveau procès.

Pour déterminer si le juge du procès aurait dû intervenir, il ne faut pas perdre de vue que les questions projetées auraient contredit la thèse soutenue par la défense au procès. Tel qu'il appert en effet du témoignage d'Osolin et du contre-interro-

examination of the complainant, was directed to showing that the complainant was a willing participant in the evening's events and had made up the story of abduction and sexual assault after the event to avoid confrontation with her parents. Questioning about whether the complainant, while not consenting, might have acted in a way which could have led Osolin to believe that she was consenting, would have contradicted the theory of the defence. This may explain why counsel may have chosen not to cross-examine on this point. He wanted to cross-examine for the purpose of showing the complainant's bad character, a purpose consistent with the theory that she had consented to Osolin's acts and was lying when she said otherwise. But he apparently did not wish to cross-examine on the contrary thesis that she had not consented, but that Osolin honestly but mistakenly believed that she had. Nor, presumably, would he have wished the trial judge to intervene to conduct an examination on that subject. To pursue this line of cross-examination would have been to put before the jury a version of events which he was urging the jury to reject.

Having chosen to conduct his case as he saw best at the time, Osolin comes to this Court and asks for a new trial so that he can explore alternative avenues which he thought it best to eschew at the time, pleading that failure to grant him this new trial will amount to a fundamental miscarriage of justice. I cannot agree. An accused is entitled to a trial, in which he may cross-examine on as many defences as he chooses. He is not entitled to a series of trials, exploring one theory on one and another on a second.

For these reasons, I would not order a new trial on the ground of denial of cross-examination.

Honest but Mistaken Belief in Consent and the Air of Reality Test

Different defences may be raised to a charge of sexual assault. One is that the physical acts com-

gatoire de la plaignante, la défense visait à établir que la plaignante avait été une participante consentante aux incidents de la soirée et qu'elle avait inventé, après le fait, l'histoire de l'enlèvement et de l'agression sexuelle dans l'espoir d'éviter un affrontement avec ses parents. Interroger la plaignante pour savoir si, bien qu'elle n'ait pas consenti, elle a pu agir d'une façon qui aurait laissé croire à Osolin qu'elle consentait, aurait été en contradiction avec la thèse de la défense. Cela peut expliquer pourquoi l'avocat a choisi de ne pas la contre-interroger sur ce point. Il voulait la contre-interroger dans le but d'établir sa mauvaise moralité, but qui était compatible avec la thèse voulant qu'elle ait consenti aux actes d'Osolin et qu'elle ait menti en prétendant le contraire. Selon toute apparence toutefois, l'avocat ne souhaitait pas la contre-interroger sur la thèse opposée de l'absence de consentement conjuguée à la croyance sincère mais erronée d'Osolin au consentement. On peut également présumer qu'il n'aurait pas souhaité que le juge du procès intervienne pour mener un interrogatoire à ce sujet. S'engager dans ce type de contre-interrogatoire aurait eu pour résultat de soumettre au jury une version des événements qu'il leur demandait de rejeter.

Ayant choisi de présenter sa preuve de la façon qu'il jugeait alors la meilleure, Osolin vient devant notre Cour demander un nouveau procès qui lui permettrait d'explorer des avenues qu'il croyait sage d'éviter à l'époque, en plaçant que lui refuser un tel procès équivaldrait à une erreur judiciaire fondamentale. Je ne puis être d'accord. L'accusé a droit à un procès, au cours duquel il lui est loisible de faire porter son contre-interrogatoire sur autant de moyens de défense qu'il le veut. Il n'a pas droit à une série de procès, explorant une thèse dans l'un et une deuxième dans le suivant.

Pour ces motifs, je suis d'avis de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès fondé sur le refus du contre-interrogatoire.

La croyance sincère mais erronée au consentement et le critère de la vraisemblance

Plusieurs moyens de défense peuvent être soulevés à l'encontre d'une accusation d'agression

plained of never occurred. That defence was not raised here. Another is that while the acts occurred, the complainant consented to them. This was the theory of the defence in the case at bar. A third is that while the acts occurred and the complainant did not consent to them, the accused entertained an honest but mistaken belief that she was consenting. As such, he did not possess the necessary subjective *mens rea* or guilty mind to support a conviction.

As my colleagues point out, before any defence can be put to the jury, the evidence must provide a basis for that defence. This requirement is sometimes described by saying that there must be an "air of reality" to the defence. To put a defence to the jury where this "air of reality" is lacking on the evidence would be to risk confusing the jury and to invite verdicts not supported by the evidence.

While the rule applies generally, it has attracted special attention in the context of trials for sexual assault. This is because one of the most common defences on such trials, the defence of honest but mistaken belief, is frequently asserted in cases where there is no evidentiary foundation for it, requiring the court to advise the jury that there is no air of reality to the defence.

In order to give an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief, there must be: (1) evidence of lack of consent to the sexual acts; and (2) evidence that notwithstanding the actual refusal, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting.

The evidence of lack of consent in most cases is supplied by the complainant's testimony. To prove honest but mistaken belief, on the other hand, the accused typically testifies that he honestly believed that the complainant consented. Theoretically, such a belief could be asserted in every case, even

sexuelle. On peut d'abord faire valoir que les actes physiques reprochés ne se sont jamais produits. Ce moyen de défense n'a pas été soulevé en l'espèce. Un deuxième moyen consiste à reconnaître que les actes se sont produits mais que la plaignante y a consenti. C'est la thèse que la défense a soutenue dans la présente affaire. Un troisième moyen est de faire valoir que bien que les actes se soient produits et que la plaignante n'y ait pas consenti, l'accusé croyait sincèrement mais à tort qu'elle était consentante. Il ne possédait pas, par conséquent, la *mens rea* subjective ou l'intention coupable nécessaire à une déclaration de culpabilité.

Comme mes collègues l'ont souligné, pour qu'un moyen de défense puisse être soumis au jury, il faut que ce moyen soit étayé par la preuve ou, comme on le dit parfois, qu'il soit «vraisemblable». Présenter un moyen de défense au jury lorsque cette «vraisemblance» ne ressort pas de la preuve serait risquer de semer la confusion chez les jurés et de donner ouverture à des verdicts non fondés sur la preuve.

Cette règle est certes d'application générale, mais elle suscite une attention particulière dans le contexte des procès pour agression sexuelle. En effet, l'un des moyens de défense les plus courants dans ce genre de procès, soit la défense de la croyance sincère mais erronée, est fréquemment invoqué dans des cas où ce moyen de défense ne ressort aucunement de la preuve, ce qui oblige la cour à aviser le jury de son absence de vraisemblance.

Pour que la défense de croyance sincère mais erronée acquière une «vraisemblance», il faut établir les éléments suivants: (1) la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels et (2) la preuve que, malgré le refus réel de la plaignante, l'accusé a cru sincèrement mais erronément qu'elle était consentante.

Dans la plupart des cas, la preuve de l'absence de consentement est fournie par le témoignage de la plaignante. Par contre, l'accusé qui veut établir sa croyance sincère mais erronée déclare habituellement en témoignage qu'il croyait sincèrement que la plaignante était consentante. En théorie,

where it is totally at odds with the evidence as to what happened. So it has been held that the bare assertion of the accused that he believed in consent is not enough to raise the defence of honest but mistaken belief; the assertion must be “supported to some degree by other evidence or circumstances”: *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 790. The support may come from the accused or from other sources; on this point I agree with Cory J.’s resolution of the confusion which existed in the earlier cases. But the support must exist. As Lord Morris of Borth-y-Gest put it, a “facile mouthing of some easy phrase of excuse” will not suffice: *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), at p. 417.

It is suggested that this requirement is at variance with the general rule in criminal law that wherever there is some evidence supporting a defence, however weak, it must be left to the jury to determine the sufficiency of that evidence. Provided there is any evidence, it is suggested, it is for the jury to decide upon its sufficiency, not the judge. To hold otherwise would deprive the accused of his fundamental right to be tried by a jury.

It seems to me that this argument is met by the fact that the accused’s mere assertion of his belief is not evidence of its honesty. The requirement that the belief be honestly held is not equivalent to an objective test of what the reasonable person would have believed. But nevertheless it does require some support arising from the circumstances. A belief which is totally unsupported is not an honestly held belief. A person who honestly believes something is a person who has looked at the circumstances and has drawn an honest inference from them. Therefore, for a belief to be honest, there must be some support for it in the circumstances. The level of support need not be so great as would permit the belief to be characterized as a reasonable belief. But some support there must be. A person who commits a sexual assault without some support in the circumstances for inferring the

cette croyance pourrait être invoquée dans tous les cas, même lorsqu’elle ne correspond aucunement à la preuve sur les événements. On a donc statué que la simple affirmation que l’accusé croyait au consentement ne suffit pas à donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée; cette affirmation doit en effet être «appuyé[e] dans une certaine mesure par d’autres éléments de preuve ou circonstances»: *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 790. Cet appui peut provenir de l’accusé ou d’autres sources; sur ce point, je souscris à la façon dont le juge Cory a dissipé la confusion qui subsistait dans la jurisprudence antérieure. Mais cet appui doit exister. Comme l’a dit lord Morris of Borth-y-Gest, il doit y avoir plus que [TRADUCTION] «l’expression creuse d’une formule d’excuse facile»: *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), à la p. 417.

On a laissé entendre que cette exigence s’écarterait de la règle générale voulant que, en droit criminel, l’appréciation du caractère suffisant de la preuve présentée à l’appui d’un moyen de défense, si faible soit-elle, relève du jury. Dans la mesure où il existe une preuve, soutient-on, c’est au jury qu’il appartient de décider si elle est suffisante et, non au juge. Soutenir le contraire serait priver l’accusé de son droit fondamental d’être jugé par un jury.

La réponse à cet argument, me semble-t-il, est que le simple fait d’affirmer sa croyance ne constitue pas la preuve de sa sincérité. L’exigence d’une croyance sincère n’équivaut pas au critère objectif de la croyance raisonnable, mais elle exige néanmoins un certain appui dans les circonstances. Une croyance totalement non fondée n’est pas une croyance sincère. Celui qui croit sincèrement à un état de fait est celui qui a examiné les circonstances et qui en a tiré une inférence honnête. Pour être sincère, la croyance doit donc découler dans une certaine mesure des circonstances. Son fondement n’a pas à atteindre le degré nécessaire pour qu’une croyance soit qualifiée de raisonnable. Mais il doit y avoir un fondement. La personne qui commet une agression sexuelle en l’absence de circonstances permettant d’inférer le consentement du plaignant a, à tout le moins, fait preuve d’igno-

consent of the complainant has, at very least, been wilfully blind as to consent. The law draws a distinction between "honest belief" in consent, which arises from an inference, however mistaken, from the circumstances, and "wilful blindness" as to consent, which is belief not grounded on the circumstances, and which does not serve as a defence.

This brings me to the facts of this case. The theory of the defence, as noted, was that the complainant consented, but that she lied about her consent in order to avoid a confrontation with her parents. It was in this context that the accused testified that he believed that the complainant consented. However, when the time came to charge the jury, Osolin asked the trial judge to charge the jury on the additional defence of honest but mistaken belief, which was founded on the theory that the complainant had not consented. The trial judge, after noting that the complainant and the accused told widely different stories, and after reviewing the law on honest but mistaken belief and the need for support in the evidence giving the defence an air of reality, concluded:

There must be evidence beyond the mere assertion of belief in consent by the accused. That evidence must appear from or be supported by sources other than the accused in order to give it an air of reality.

I find that is lacking here, that there is not that other evidence, and consequently I am not going to charge the jury, and I am not going to permit counsel to refer to the defence of mistake of fact.

The Court of Appeal agreed. Southin J.A. held that the trial judge had erred in suggesting that the evidence needed to give the defence an air of reality must come from persons other than the accused. Nevertheless, she concluded that on the evidence there was no air of reality to the arguments that the accused's belief in consent deprived him of the necessary *mens rea* for the offences of kidnapping or sexual assault (at pp. 183-84 C.R.):

rance volontaire quant au consentement. Il y a une distinction, en droit, entre la «croyance sincère» au consentement, laquelle s'infère, bien que de façon erronée, des circonstances, et l'«ignorance volontaire» quant au consentement, laquelle est une croyance non fondée sur les circonstances et qui ne constitue pas un moyen de défense.

b Cela m'amène aux faits de l'espèce. Comme je l'ai souligné, la thèse de la défense a consisté à affirmer que la plaignante était consentante mais qu'elle a menti à ce propos afin d'éviter un affrontement avec ses parents. C'est dans ce contexte que l'accusé a déclaré avoir cru à son consentement. Toutefois, au moment de l'exposé au jury, Osolin a demandé au juge président l'instance qu'il lui soumette le moyen de défense additionnel de la croyance sincère mais erronée, fondée sur le non-consentement de la plaignante. Après avoir pris acte des versions largement divergentes de la plaignante et de l'accusé, avoir passé en revue le droit en matière de croyance sincère mais erronée et vu l'exigence que le moyen de défense invoqué soit, d'après la preuve, vraisemblable, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] Il faut d'autre preuve que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement. Pour être vraisemblable, cette preuve doit ressortir de sources autres que l'accusé, ou s'y appuyer.

J'estime qu'il n'y a pas de vraisemblance en l'occurrence, qu'il n'existe pas d'autres éléments de preuve et, conséquemment, je ne donnerai pas de directive au jury à cet égard et je ne permettrai pas à l'avocat d'invoquer la défense d'erreur de fait.

h La Cour d'appel a souscrit à cette conclusion. Le juge Southin a toutefois estimé que le juge du procès avait commis une erreur en laissant entendre que la preuve susceptible de conférer une vraisemblance à la défense devait provenir de personnes autres que l'accusé. Elle a néanmoins conclu que, d'après la preuve, l'argument portant que la croyance de l'accusé au consentement l'avait privé de la *mens rea* nécessaire à la perpétration des infractions d'enlèvement ou d'agression sexuelle n'avait aucune vraisemblance (aux pp. 183 et 184 C.R.):

The appellant never said that he honestly believed the taking of her to Parksville to be not against her will. He did not say he believed that this complainant who was naked was agreeing to go on a 40-mile ride on a cold March night with two comparative strangers both of whom were twice her size. He did not say that he had no intention to confine her against her will. If he had so testified, who would have believed him?

There is no more imprisoning state short of actual physical restraint than being without one's clothes. The best that the appellant said for himself was, "I wasn't thinking". That to me is, at the very least, recklessness or wilful blindness.

On the sexual assault charge, Southin J.A. held that had the abduction not occurred, it might have been that the issue of honest but mistaken belief should have been left to the jury. However, she concluded (at p. 184 C.R.):

To my mind, an argument that a man who, knowingly or recklessly, forcibly confined a woman against her will can have an honest belief that, during her confinement, she was freely consenting to his sexual advances has no air of reality about it at all.

We are left with one question: whether there was evidence, from the accused or from some other source, supporting Osolin's assertion of honest belief. I agree with the courts below that there was none. The undisputed facts reviewed at the outset of these reasons simply do not admit of an honest belief. At the very most they were consistent with wilful blindness. Any man who drags a woman from her home naked and protesting, transports her to a remote place, and there ties her to the bed and has sex with her is at very least put on notice that she may not be consenting. His failure to enquire is consistent only with two states of mind: an intention to have his way without her consent; or wilful blindness as to whether she consented or not. To put it another way, no person, reasonable or otherwise, could honestly infer consent in such circumstances from the mere fact that at certain stages,

[TRADUCTION] L'appelant n'a jamais déclaré qu'il avait cru sincèrement ne pas avoir amené la plaignante à Parksville contre son gré. Il n'a pas dit avoir cru que la plaignante, qui était nue, consentait à faire une ballade de 40 milles par une froide nuit de mars avec deux personnes qui lui étaient relativement étrangères et qui atteignaient chacune le double de sa taille. Il n'a pas dit ne pas avoir eu l'intention de la séquestrer contre son gré. S'il avait fait une telle déposition, qui l'aurait cru?

Mise à part la contrainte physique réelle, rien n'est plus propre à susciter un état d'enfermement que d'être privé de ses vêtements. Tout ce que l'appelant a pu dire pour sa défense est: «Je n'ai pas réfléchi». À mon sens, il s'agit là, à tout le moins, d'insouciance ou d'ignorance volontaire.

En ce qui concerne l'infraction d'agression sexuelle, le juge Southin a estimé que n'eût été l'enlèvement, il aurait peut-être été préférable que la question de la croyance sincère mais erronée soit soumise au jury. Elle est toutefois arrivée à la conclusion suivante (à la p. 184 C.R.):

[TRADUCTION] À mon avis, l'argument selon lequel un homme qui, sciemment ou par insouciance, a séquestré une femme par la force et contre son gré peut croire sincèrement que, durant sa séquestration, elle consentait librement à ses avances sexuelles n'a absolument aucune vraisemblance.

Il reste une question à trancher, savoir s'il existait une preuve, émanant de l'accusé ou d'autres sources, à l'appui de la croyance sincère qu'a invoquée Osolin. À cet égard, je partage la conclusion des juridictions inférieures quant à l'inexistence de cette preuve. Les faits non contestés exposés au début de ces motifs ne peuvent en rien servir à étayer une croyance honnête. Il s'agit, au mieux, d'ignorance volontaire. L'homme qui tire une femme de chez elle nue et, malgré ses protestations, la conduit dans un endroit isolé où il l'attache au lit et a avec elle des rapports sexuels est, à tout le moins, prévenu qu'elle n'est peut-être pas consentante. Son omission de s'enquérir à cet égard n'est compatible qu'avec deux états d'esprit: l'intention de parvenir à ses fins sans son consentement ou l'ignorance volontaire quant à savoir si elle est ou non consentante. En d'autres termes,

the complainant may have been passively acquiescent. The evidence which Osolin put before the jury may have been, as the trial judge concluded, consistent with wilful blindness. It offered no support for the defence of honest but mistaken belief. As Osolin himself told the jury, "I wasn't thinking".

Before leaving this question, I should comment on two points. The first is the argument that the divergent stories of the complainant and the accused on consent, as a matter of law, necessarily preclude a third alternative, the defence of honest but mistaken belief. I am not so convinced as my colleagues that where the evidence consists of two diametrically opposed stories, one alleging lack of consent and the other consent, it is logically impossible to conceive of the defence of honest but mistaken belief arising. While it may rarely occur, it seems to me possible for a jury to accept parts of the testimonies of both the complainant and the accused, concluding that notwithstanding lack of actual consent, the accused honestly believed in consent. As A. W. Bryant states:

... the removal of this alternative plea on the basis that the testimony of the complainant and the accused are diametrically opposed, and that there is a lack of common ground for the defence is based, in part, on the premise that the complainant's version is complete — a questionable assumption in some cases. Moreover, a requirement for corroboration may wrongly encourage an accused to dovetail partially his testimony with that of the complainant in order to supply the necessary common ground for the defence.

("The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94, at p. 149.)

The second matter is the comment of my colleague Cory J. that the Court of Appeal erred in concluding that the kidnapping could not be used as a ground for rejecting the defence of mistake of fact. He reasons that this was incorrect since there had been no prior conviction for kidnapping. In

aucun individu, raisonnable ou non, ne pourrait sincèrement inférer le consentement en pareilles circonstances du seul fait qu'à certains moments, la plaignante a pu acquiescer passivement. La preuve qu'Osolin a soumise au jury aurait pu, ainsi que l'a conclu le juge du procès, correspondre à une ignorance volontaire. Mais elle ne pouvait servir à étayer le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée. «Je n'ai pas réfléchi», a dit lui-même Osolin au jury.

Avant de clore le sujet, je ferai deux remarques. La première concerne l'argument que la divergence des versions du plaignant et de l'accusé au sujet du consentement empêche nécessairement, en droit, de plaider une troisième version, celle de la croyance sincère mais erronée. Je ne suis pas aussi convaincu que le sont mes collègues qu'en présence de deux versions diamétralement opposées, l'une alléguant l'absence de consentement et l'autre, le consentement, il soit logiquement impossible de concevoir une défense de croyance sincère mais erronée. Même si cette situation se présente rarement, il est possible, à mon sens, que le jury accepte des portions du témoignage du plaignant et de l'accusé et qu'il conclue à la sincérité de la croyance de l'accusé, malgré l'absence de consentement réel. Comme le dit A. W. Bryant:

[TRADUCTION] ... le rejet de ce plaidoyer subsidiaire pour le motif que le témoignage du plaignant et celui de l'accusé sont diamétralement opposés et qu'il y a donc insuffisance du fondement commun requis est fondé, en partie, sur le postulat — contestable dans certains cas — que le plaignant a donné une version complète. De plus, l'exigence de la corroboration peut encourager faussement l'accusé à faire concorder partiellement son témoignage avec celui du plaignant afin de constituer le fondement commun susceptible d'étayer le moyen de défense.

(«The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94, à la p. 149.)

La seconde remarque porte sur le passage des motifs de mon collègue le juge Cory où il dit que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'enlèvement ne pouvait servir de motif pour rejeter la défense d'erreur de fait. Selon son analyse, cette conclusion est incorrecte parce qu'il n'y

other words, he sees the reasoning of the Court of Appeal as circular, in that it makes the inference that there is no defence with respect to the offence of sexual assault because there was none on kidnapping, which itself was in issue. I must say that I do not read the reasons of the Court of Appeal in this manner. It seems to me that Southin J.A. was saying only that the evidence of confinement robbed the defence of honest but mistaken belief of any foundation.

I agree for the reasons given by Cory J. that the section of the *Criminal Code* which requires the accused who raises the defence of honest but mistaken belief in consent to show that the defence has an air of reality, s. 265(4), does not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Disposition

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of Justice Cory and agree with the result he has reached and with his reasons, subject to the following observation.

While I agree with his reasons relating to cross-examination on the medical records, I would prefer not to comment on s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (as amended by *An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38, s. 2). My colleague's reference to it might be construed as a comment on its constitutionality which is not an issue that is before us.

With respect to the defence of mistaken belief, I agree with Cory J. that s. 265(4) "simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences" (p. 676) and that it requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly

a pas eu de condamnation antérieure sous le chef de l'enlèvement. En d'autres termes, il estime que le raisonnement de la Cour d'appel est vicié en ce qu'il présume qu'il n'y a pas de défense à l'infraction d'agression sexuelle parce qu'il n'y en avait aucune à l'encontre de l'enlèvement, question qui était elle-même en litige. Je dois dire que telle n'est pas mon interprétation des motifs de la Cour d'appel. Il me semble que le juge Southin a simplement voulu dire que la preuve de la séquestration dépourrait de tout fondement la défense de la croyance sincère mais erronée.

Je suis d'accord avec le juge Cory pour conclure que le par. 265(4) du *Code criminel*, qui oblige l'accusé soulevant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à établir que ce moyen de défense a une vraisemblance, ne viole pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à la solution à laquelle il est arrivé et à ses motifs, sous réserve des observations suivantes.

Bien que je sois d'accord avec ses motifs au sujet du contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux, je préférerais ne pas faire de commentaires au sujet de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié par la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2). La mention que mon collègue en fait pourrait s'interpréter comme un commentaire sur sa constitutionnalité, qui n'est pas en cause en l'espèce.

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d'accord avec le juge Cory que le par. 265(4) «établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense» (p. 676) et qu'il n'exige rien de plus de l'accusé qu'il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à

instructed could acquit. I believe we are all in agreement in this respect. Indeed, this is the basis for our determination that it is constitutional. The term "evidentiary burden" and the definition I have set out are well known to trial judges and well accepted. I cannot understand how the addition of the term "air of reality" helps in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence. I am concerned that when an attempt is made to add to the definition of a basic concept in the criminal law, it only creates confusion. Just as attempts to refine the meaning of "reasonable doubt" have frequently resulted in reversible error, so too the use of the "air of reality" test encourages trial judges to weigh the evidence rather than apply the legal definition to which I have referred.

I agree with the reservations expressed by McLachlin J. with respect to Cory J.'s approval of the principle that the defence of mistaken belief is not available if the complainant and the accused relate diametrically opposed versions of what occurred.

Excluding the defence of mistaken belief where the accused and complainant tell opposing versions rests on the assumption that either the accused's or the complainant's story is a complete account of what occurred. As J. M. Williams ("Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597) points out, this is a questionable assumption. Referring to *Pappajohn* ([1980] 2 S.C.R. 120), Williams, at pp. 611-12, states:

It is implicit in the majority decision that the jury would either totally accept one story or totally reject it. If this was a correct reading of what the jury would do then one can readily understand why the majority could not see any purpose in putting the alternative defence of mistake to the jury. Assuming, as was suggested, that the two stories were totally incompatible then, if the jury believed the accused's story *in toto*, he would be

partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l'acquiescement. Je crois que nous sommes tous du même avis sur ce point. En réalité, c'est là le fondement de la décision que nous avons prise que le paragraphe est constitutionnel. L'expression «charge de présentation» et la définition que j'en ai donnée sont bien connues des juges de première instance et bien acceptées. Je ne puis voir comment l'addition du mot «vraisemblance» facilite la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense. Je m'inquiète qu'en essayant d'ajouter quelque chose à la définition d'un concept fondamental de droit criminel, on ne fasse qu'embrouiller la question. Tout comme les tentatives de cerner le sens de «doute raisonnable» ont souvent donné lieu à une erreur justifiant l'infirmité de la décision, de même, le recours au critère de la «vraisemblance» incite les juges de première instance à évaluer la preuve plutôt qu'à appliquer la définition juridique que j'ai mentionnée.

J'accepte les réserves du juge McLachlin au sujet de l'approbation par le juge Cory du principe selon lequel le moyen de défense de croyance erronée ne s'applique pas si le plaignant et l'accusé donnent des versions diamétralement opposées de ce qui s'est passé.

Écarter le moyen de défense de croyance erronée lorsque l'accusé et le plaignant présentent des versions contradictoires des faits s'appuie sur l'hypothèse que la version de l'accusé ou celle du plaignant représente la relation complète de ce qui s'est passé. Ainsi que J. M. Williams le signale («Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*» (1985), 63 *R. du B. can.* 597), c'est une hypothèse douteuse. Parlant de l'arrêt *Pappajohn* ([1980] 2 R.C.S. 120), Williams dit, aux pp. 611 et 612:

[TRADUCTION] Il ressort de la décision de la majorité que le jury devrait accepter une version en totalité ou la rejeter en totalité. Si cela correspondait à ce que ferait un jury, alors on peut facilement comprendre pourquoi la majorité ne pouvait voir l'utilité de soumettre au jury le moyen de défense subsidiaire de l'erreur. En supposant, comme on l'a proposé, que les deux versions étaient totalement incompatibles, si le jury a cru la version de

acquitted on the basis that there was no *actus reus* (i.e., consent was present). If the jury totally believed the complainant, then not only would the *actus reus* have been proven but moreover the jury would have already branded the accused as a liar. Therefore, it becomes unrealistic to suggest that they would nonetheless hold that he had an *honest belief* in consent.

The above reasoning appears logical, given the premise. The question remains, however, whether it is correct to assume that a jury will accept one story in its totality and reject the other completely? It would seem not. Where there are conflicting versions of facts, the trier of fact must "find" what happened. It is well accepted that in doing so, the trier of fact is not bound to deal with one party's evidence as a whole but may accept some of it and reject that which is unacceptable. [Emphasis in original.]

In *Lee Chun-Chuen v. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73 (P.C.), Lord Devlin, in discussing the manner in which an evidentiary burden in respect of provocation may be discharged, stated, at p. 80:

What is essential is that there should be produced, either from as much of the accused's evidence as is acceptable or from the evidence of other witnesses or from a reasonable combination of both, a credible narrative of events disclosing material that suggests provocation in law. If no such narrative is obtainable from the evidence, the jury cannot be invited to construct one.

As a matter of standard practice, a jury in criminal cases is instructed that in assessing the evidence of a witness, it is not an all-or-nothing proposition. A typical jury instruction is as follows:

When you consider the evidence of a witness, please understand that you do not have to accept or reject everything a particular witness said. You may, of course, decide to accept or reject everything a witness said in the witness box. But you may also decide to accept only some of what a witness said, and reject the rest.

(G. A. Ferguson and J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2nd ed. 1989), vol. 1, at p. 4.12-2.)

l'accusé dans sa totalité, celui-ci serait acquitté pour le motif qu'il n'y avait pas d'*actus reus* (c.-à-d. qu'il y a eu consentement). Si le jury a cru totalement la plaignante, non seulement l'*actus reus* aurait été prouvé, mais, de plus, le jury aurait déjà caractérisé l'accusé de menteur. En conséquence, il devient donc peu réaliste de proposer que les jurés concluraient néanmoins que l'accusé *croyait sincèrement* au consentement.

Le raisonnement qui précède paraît logique, vu l'hypothèse de départ. Il reste à déterminer cependant s'il convient de supposer qu'un jury acceptera une version dans sa totalité et rejettera entièrement l'autre. Il semble que non. Quand il y a deux versions contradictoires des faits, le juge des faits doit «déterminer» ce qui s'est produit. Il est reconnu que, pour le faire, le juge des faits n'est pas tenu d'accepter la totalité de la preuve d'une partie, mais qu'il peut en croire certains éléments et en rejeter les éléments inacceptables. [En italique dans l'original.]

Dans l'arrêt *Lee Chun-Chuen c. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73 (C.P.), lord Devlin a dit, à propos de la façon de satisfaire à la charge de représentation en matière de provocation, à la p. 80:

[TRADUCTION] L'essentiel est qu'il ressorte, soit autant que possible de la partie recevable de la déposition de l'accusé, soit de celles d'autres témoins ou d'une combinaison raisonnable de celles de l'un et des autres, une version crédible d'événements qui révèlent des éléments évoquant la provocation en droit. S'il est impossible de dégager une telle version de la preuve, il est interdit d'amener le jury à en inventer une.

Comme pratique courante, dans une affaire criminelle, le juge dit au jury que l'évaluation de la déposition d'un témoin n'est pas une affaire de tout ou rien. Voici une directive typique à donner à un jury:

[TRADUCTION] Pour évaluer la déposition d'un témoin, comprenez bien que vous n'êtes pas tenus de croire ou de rejeter tout ce que dit un témoin en particulier. Vous pouvez, cela va de soi, décider de croire tout ce qu'un témoin dit à la barre ou de n'en rien croire. Mais vous pouvez aussi décider de croire seulement certains éléments de ce que le témoin dit et de ne pas croire le reste.

(G. A. Ferguson et J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2^e éd. 1989), vol. 1, à la p. 4.12-2.)

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

The reasons of Cory and Major JJ. were delivered by

CORY J. — There are two basic issues raised on this appeal. One is whether the “air of reality” test which is set out in s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, violated the appellant’s constitutional rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The other is whether the Court of Appeal erred in failing to grant a new trial on the basis of the restrictions imposed by the trial judge on the cross-examination of the complainant.

I. Factual Background

The complainant in this case is a 17-year-old girl. She had been in a psychiatric hospital in January and February of 1987, but by March 26, of that same year she was living with her parents near Ladysmith in British Columbia. Although she was 17 years of age, she had a limited education. She had completed grade 8 and left school at 14 years of age. She is not physically a big girl, 5 feet 7 inches in height and weighing only 115 pounds.

On the morning of March 26, a friend by the name of Brad Dick, whom she had dated on a few occasions, called her and they arranged to meet at eleven o’clock that morning. Dick, who was in his mid twenties arrived at the meeting place with a friend of his by the name of Ken Smith, who was in his thirties.

The three went to Jim Bragg’s trailer, north of Ladysmith. There they drank some beer. From there, they went to Dual Mountain and then went to Boat Harbour. There Brad Dick and the complainant went to a secluded area and had consensual sexual relations.

Je suis d’avis de trancher le pourvoi de la manière que propose le juge Cory.

^a Version française des motifs des juges Cory et Major rendus par

^b LE JUGE CORY — Deux points fondamentaux sont soulevés dans le présent pourvoi. L’un a trait à la question de savoir si le critère de la «vraisemblance» établi au par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte atteinte aux droits constitutionnels de l’appelant garantis par les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’autre porte sur la question de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en n’accordant pas un nouveau procès motivé par les restrictions apportées par le juge du procès au contre-interrogatoire de la plaignante.

I. Les faits

^e La plaignante en l’espèce est une adolescente de 17 ans. Après un séjour dans un hôpital psychiatrique en janvier et en février 1987, elle était revenue vivre chez ses parents près de Ladysmith en Colombie-Britannique, où elle demeurait le 26 mars de la même année. En dépit de ses 17 ans, elle avait une instruction limitée. Elle avait terminé la huitième année et quitté l’école à l’âge de 14 ans. Elle est de taille modeste, mesurant cinq pieds et sept pouces et ne pesant que 115 livres.

^g Le matin du 26 mars, un ami du nom de Brad Dick, qu’elle avait fréquenté à quelques reprises, l’a appelée et ils se sont entendus pour se rencontrer à 11 heures le même jour. Dick, qui était dans la vingtaine, est arrivé à l’endroit convenu avec un ami du nom de Ken Smith, qui était dans la trentaine.

ⁱ Ils se sont rendus tous les trois à la roulotte de Jim Bragg, située au nord de Ladysmith. Il y ont bu de la bière. Ils se sont ensuite rendus à Dual Mountain, puis à Boat Harbour. C’est là que Brad Dick et la plaignante se sont retirés dans un endroit isolé pour y avoir des rapports sexuels consensuels.

The three friends eventually returned to the trailer. There Smith gave Dick a ride into town around 5:00 p.m. Smith returned and he, the complainant and Bragg spent time together drinking and playing cards. The complainant stayed with Bragg and Smith because in her words they seemed like "pretty nice guys" and she enjoyed their company. The three went for a drive in Smith's car but it was experiencing mechanical difficulties. It stalled some 100 feet from the trailer and they had to push it. While they were doing so, the appellant, Stephen Osolin, and Russell McCallum came by in another car. All five spent a few minutes in the trailer. Smith and the complainant went out to his car where they were kissing and petting. Bragg, McCallum and Osolin left the trailer to go to a pub. When they did so, Bragg told Smith and the complainant that they could use the trailer. Smith and the complainant then went into the bedroom of the trailer where they engaged in sexual intercourse.

Meanwhile at the pub, Bragg told McCallum and Osolin that the complainant was promiscuous, or in his words "easy", and they all could have a turn with her. McCallum and Osolin left Bragg at the Pub and drove back to his trailer. There they barged into the bedroom, roused Smith out of bed, took him outside and drove him some distance away from the trailer. In passing it should be noted that Smith, who was 5 feet 7 inches and weighing 150 pounds, was considerably smaller than the other men.

Back in the bedroom, McCallum grabbed the complainant and threw her onto the bed. She was shocked and scared. McCallum touched and fondled her and would not let her get dressed. He attempted to have sexual intercourse with her but she struggled. He became angry and his threatening words made her fearful. She heard the car returning and tried to put on her blouse, but once again McCallum prevented her. In doing so, he tore her Viking pendant from her neck. She saw it fall onto the bed and clutched it. Later she let the

Les trois amis sont finalement revenus à la roulotte. Smith a alors reconduit Dick en ville vers 17 h. Il est revenu rejoindre la plaignante et Bragg, et ensemble ils ont passé le temps à boire et à jouer aux cartes. La plaignante est restée avec Bragg et Smith parce que, pour reprendre ses paroles, ils semblaient être [TRADUCTION] «d'assez bons gars» et qu'elle appréciait leur compagnie. Ils ont tous trois emprunté l'automobile de Smith, mais celle-ci est tombée en panne. Elle a calé à une centaine de pieds de la roulotte et ils ont dû la pousser. C'est à ce moment que l'appelant, Stephen Osolin, et Russell McCallum sont arrivés sur les lieux à bord d'une autre automobile. Ils ont tous les cinq passé quelques minutes dans la roulotte. Smith et la plaignante sont retournés dans l'automobile de ce dernier pour s'y embrasser et se caresser. Bragg, McCallum et Osolin ont quitté la roulotte à destination d'un bar. Avant de partir, Bragg a dit à Smith et à la plaignante qu'ils pouvaient utiliser la roulotte. Smith et la plaignante se sont alors rendus dans la chambre à coucher de la roulotte où ils ont eu des rapports sexuels.

Pendant ce temps au bar, Bragg a dit à McCallum et à Osolin que la plaignante était une personne de mœurs légères, ou, dans ses mots, [TRADUCTION] «une fille facile», et qu'ils pourraient tous la posséder à tour de rôle. Après avoir quitté Bragg au bar, McCallum et Osolin sont revenus à sa roulotte. Ils ont fait irruption dans la chambre, ont tiré Smith du lit, l'ont fait sortir et l'ont conduit à une certaine distance de la roulotte. Il y a lieu de mentionner en passant que Smith, qui mesure cinq pieds et sept pouces et qui pèse 150 livres, était relativement plus petit que les autres hommes.

De retour dans la chambre, McCallum s'est emparé de la plaignante et l'a projetée sur le lit. Elle était en état de choc et effrayée. McCallum l'a touchée et caressée, l'empêchant de se rhabiller. Il a tenté d'avoir des rapports sexuels avec elle, mais elle s'est débattue. Il s'est mis en colère et a proféré des menaces qui l'ont effrayée. Elle a entendu l'automobile qui revenait et a tenté de remettre sa blouse, mais encore une fois McCallum l'en a empêchée. Ce faisant, il lui a arraché son pendentif viking du cou. Elle l'a vu tomber sur le lit et l'a

pendant fall in the cabin in Parksville, where it was located by the police. She managed to get her underpants on as Osolin entered the room.

She stated that someone hit her on the side of the head. Osolin threw her over his shoulder and carried her out to the car. When she was being carried out she said that she wanted her clothes. The complainant said that she resisted leaving the trailer, said that she wanted her clothes but that her head was hit on the door jam and Osolin struck her on the face. Neither Osolin nor McCallum got her clothes for her. The appellant admitted that he "overrode" her complaints about being forced while naked to leave the trailer. The complainant testified that Osolin then put the complainant in the back seat of the car and tore off her underpants. Osolin and McCallum both testified that the complainant was nude at this time and Osolin had not ripped off her underpants. The police later found a pair of torn women's underwear pants lying on the ground some 20 feet from the front of the trailer.

Osolin got into the back seat with the complainant and McCallum then drove away. She was on her left side and Osolin would not let her sit up. She said that she was crying at the time and unable to move. Osolin fondled her breasts and tried to pry her legs apart with his hands. She did not consent to any of the touching and said she was struggling when he forcefully hit her on the side of the face. She specifically denied kissing, petting and drinking beer or having a friendly conversation with him. Osolin testified that the complainant did nothing which indicated she was not consenting.

Eventually the car stopped and Osolin pulled her out. He held her by the right biceps and pulled her through a fence. McCallum drove away. At this time she was wearing only a pair of white socks. She was very cold, upset and crying. In the cabin he pulled her into a bedroom. The complainant testified that he threw her on the bed and tied her hands behind her back with a cord, which he pul-

saisi. Elle l'a par la suite laissé tomber dans le chalet de Parksville, où il a été retrouvé par la police. Elle a réussi à remettre sa culotte au moment où Osolin est entré dans la chambre.

a

Elle a déclaré avoir été frappée sur le côté de la tête. Osolin l'a soulevée et portée sur son épaule pour l'amener à l'automobile. Au moment où on l'enlevait, elle a dit qu'elle voulait ses vêtements. La plaignante a déclaré avoir résisté à son retrait de la roulotte et avoir dit qu'elle voulait ses vêtements; sa tête a heurté le cadre de la porte et Osolin l'a frappée en plein visage. Ni Osolin ni McCallum ne sont allés chercher ses vêtements. L'appelant a admis [TRADUCTION] «ne pas avoir tenu compte» des protestations de la plaignante forcée à quitter la roulotte nue. La plaignante a déclaré qu'Osolin l'avait alors déposée sur le siège arrière de l'automobile et qu'il avait déchiré sa culotte. Osolin et McCallum ont tous deux déclaré que la plaignante était nue à ce moment et qu'Osolin n'avait pas déchiré sa culotte. La police a par la suite trouvé une culotte de femme sur le sol, à une vingtaine de pieds devant la roulotte.

b

c

d

e

Osolin s'est assis sur le siège arrière avec la plaignante tandis que McCallum a mis l'automobile en marche. La plaignante reposait sur son côté gauche et Osolin ne lui permettait pas de s'asseoir. Elle a déclaré qu'elle pleurait à ce moment et qu'elle ne pouvait pas bouger. Osolin lui a caressé les seins et a tenté des mains de lui faire ouvrir les jambes. Elle n'a accepté aucune caresse et a déclaré qu'elle se débattait lorsqu'il l'a frappée avec force sur le côté du visage. Elle a expressément nié avoir embrassé Osolin, l'avoir caressé, avoir bu de la bière avec lui ou lui avoir tenu une conversation amicale. Osolin a déclaré que la plaignante n'avait rien fait pour indiquer qu'elle n'était pas consentante.

f

g

h

i

j

k

l

m

n

o

p

q

r

s

t

u

v

w

x

y

z

aa

ab

ac

ad

ae

af

ag

ah

ai

aj

ak

al

am

an

ao

ap

aq

ar

as

at

au

av

aw

ax

ay

az

ba

bb

bc

bd

be

bf

bg

bh

bi

bj

bk

bl

bm

bn

bo

bp

bq

br

bs

bt

bu

bv

bw

bx

by

bz

ca

cb

cc

cd

ce

cf

cg

ch

ci

cj

ck

cl

cm

cn

co

cp

cq

cr

cs

ct

cu

cv

cw

cx

cy

cz

da

db

dc

dd

de

df

dg

dh

di

dj

dk

dl

dm

dn

do

dp

dq

dr

ds

dt

du

dv

dw

dx

dy

dz

ea

eb

ec

ed

ee

ef

eg

eh

ei

ej

ek

el

em

en

eo

ep

eq

er

es

et

eu

ev

ew

ex

ey

ez

fa

fb

fc

fd

fe

ff

fg

fh

fi

fj

fk

fl

fm

fn

fo

fp

fq

fr

fs

ft

fu

fv

fw

fx

fy

fz

ga

gb

gc

gd

ge

gf

gg

gh

gi

gj

gk

gl

gm

gn

go

gp

gq

gr

gs

gt

gu

gv

gw

gx

gy

gz

ha

hb

hc

hd

he

hf

hg

hh

hi

hj

hk

hl

hm

hn

ho

hp

hq

hr

hs

ht

hu

hv

hw

hx

hy

hz

ia

ib

ic

id

ie

if

ig

ih

ii

ij

ik

il

im

in

io

ip

iq

ir

is

it

iu

iv

iw

ix

iy

iz

ja

jb

jc

jd

je

jf

jg

jh

ji

jj

jk

jl

jm

jn

jo

jp

jq

jr

js

jt

ju

jv

jw

jx

jy

jz

ka

kb

kc

kd

ke

kf

kg

kh

ki

kj

kk

kl

km

kn

ko

kp

kq

kr

ks

kt

ku

kv

kw

kx

ky

kz

la

lb

lc

ld

le

lf

lg

lh

li

lj

lk

ll

lm

ln

lo

lp

lq

lr

ls

lt

lu

lv

lw

lx

ly

led from a lamp. When Osolin left the bedroom for a moment, she ran to a window and tried to escape but he returned with more electrical cords which he had torn from an appliance. He tied her spread eagle to the bed frame. She testified that she was screaming and he said "I could kill you so easily" and would do so unless she was "good". He returned to the bedroom with soap and a razor and started shaving her pubic hair. She told him to stop but he persisted. She managed to hit him with one knee and he tied that leg tighter. He then raped her. The appellant testified that the complainant was an eager although not active participant in all the acts leading up to and including sexual intercourse.

After the act of intercourse he untied her and she asked if she could take a bath. Although she locked the bathroom door, the appellant pried it open and came in. She testified that while in the bathroom the appellant apologized for all that had happened. The appellant said he apologized only for using the razor, because there was nothing else to apologize for. He gave her an old nightgown and a sweater to wear. When she got out of the bath, the two laid down on the bed and either passed out or fell asleep. The complainant testified that when she awoke the appellant was touching her again. The complainant became hysterical and said she wanted to go home. The appellant testified that he was awoken by the complainant saying she had to go to Ladysmith. The appellant said McCallum would pick them up in the morning, but when she insisted on leaving he put her out of the cabin and pointed her to the highway.

Shortly before 3:30 a.m. an RCMP constable found the complainant on the highway, screaming and crying hysterically. He asked her if she had been raped and she replied that she had. He drove

l'a projetée sur le lit et qu'il lui a attaché les mains derrière le dos à l'aide d'un fil qu'il avait retiré d'une lampe. Profitant du fait qu'Osolin avait quitté la chambre un moment, elle a couru vers une fenêtre et a tenté de s'échapper, mais il est revenu avec d'autres fils électriques qu'il avait arrachés d'un appareil. Il l'a attachée bras et jambes écartés au cadre du lit. Elle a déclaré avoir crié puis l'avoir entendu lui dire [TRADUCTION] «[i] me serait si facile de te tuer», puis prétendre qu'il ne le ferait pas si elle était [TRADUCTION] «gentille». Il est revenu dans la chambre à coucher avec du savon et un rasoir et il a commencé à lui raser les poils du pubis. Elle lui a dit d'arrêter, mais il a continué. Elle a réussi à le frapper avec un genou, mais il a resserré le lien qui retenait cette jambe. Puis il l'a violée. L'appelant a déclaré que la plaignante était une participante empressée, bien que non active, à tous les actes préliminaires comme aux rapports sexuels.

Après les rapports sexuels, il l'a détachée et elle a demandé si elle pouvait prendre un bain. Même si elle avait fermé à clef, l'appelant a forcé la porte et a pénétré dans la salle de bains. La plaignante a déclaré que pendant qu'elle était dans la salle de bains, l'appelant lui a présenté des excuses pour tout ce qui s'était produit. L'appelant a déclaré pour sa part qu'il avait présenté des excuses uniquement au sujet du rasage, parce qu'il n'avait rien d'autre à se reprocher. Il lui a donné une vieille chemise de nuit et un chandail. À sa sortie du bain, ils se sont tous deux couchés dans le lit et ils sont tombés ivre morts ou ils se sont endormis. La plaignante a déclaré qu'à son réveil, l'appelant était encore en train de la toucher. La plaignante a alors eu une violente crise de nerfs et dit qu'elle voulait rentrer à la maison. L'appelant a déclaré avoir été réveillé par la plaignante qui disait qu'il lui fallait se rendre à Ladysmith. L'appelant lui a dit que McCallum les prendrait au matin, mais comme elle voulait absolument partir, il l'a mise à la porte du chalet en lui indiquant la direction de la route.

Peu avant 3 h 30, un gendarme de la GRC a découvert la plaignante sur la route, en proie à une violente crise de nerfs qui se manifestait par des cris et des pleurs. Il lui a demandé si elle avait été

her back to the police detachment where she asked to use the washroom and vomited. She continued to cry hysterically and was taken to the emergency room at the hospital in Nanaimo.

The medical examination revealed the complainant had a number of bruises, abrasions and scratches, including bruising, swelling and discoloration in the genital area. Generally, the injuries noted were more consistent with sexual assault than consensual intercourse.

The jury found the appellant guilty of both sexual assault and kidnapping. He was sentenced to six years on the count for sexual assault and four years for kidnapping, the sentences to be served concurrently.

II. Courts Below

Trial Court

The trial judge directed the jury that with respect to the charge of kidnapping the Crown had to demonstrate that the appellant had intended to confine the complainant against her will. With regard to sexual assault, he told the jury that lack of consent on the part of the complainant had to be proven beyond a reasonable doubt. He did not specifically tell the jury that the accused had to appreciate that the complainant was not consenting in order to commit the offence, and he declined to charge the jury with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent. He ruled that there was no "air of reality" to the defence of mistake of fact as was required by the decisions in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, and *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570. He stated "[t]here must be evidence beyond the mere assertion of belief in consent by the accused. That evidence must appear from or be supported by sources other than the accused in order to give it an air of reality".

violée, ce à quoi elle a répondu par l'affirmative. Il l'a conduite au poste de police, où elle a demandé de se rendre aux toilettes pour y vomir. Comme elle continuait à être en proie à une violente crise de larmes, elle a été conduite à l'urgence de l'hôpital de Nanaimo.

L'examen médical a révélé que la plaignante avait un certain nombre de meurtrissures, d'écchymoses et d'égratignures, y compris des contusions, de la tuméfaction et de la décoloration dans la région des organes génitaux. En général, les blessures décelées correspondaient davantage à une agression sexuelle qu'à des rapports sexuels consensuels.

Le jury a conclu que l'appellant était coupable à la fois d'agression sexuelle et d'enlèvement. Il a été condamné à six années d'emprisonnement pour agression sexuelle et à quatre années pour enlèvement, à purger concurremment.

^e II. Les juridictions inférieures

La cour de première instance

Le juge du procès a déclaré au jury que, dans une affaire d'enlèvement, la poursuite doit démontrer que l'appellant avait l'intention de séquestrer la plaignante contre son gré. Pour ce qui est de l'agression sexuelle, il a dit au jury qu'il fallait prouver hors de tout doute raisonnable l'absence de consentement de la part de la plaignante. Il n'a pas dit expressément au jury que l'accusé devait être conscient que la plaignante ne donnait pas son consentement pour que le crime ait lieu, et il a refusé de soumettre au jury le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement. Il a conclu que le moyen de défense d'erreur de fait n'avait aucune «vraisemblance» selon le critère établi dans les arrêts *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, et *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570. Il a déclaré qu'il [TRADUCTION] «faut d'autre preuve que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement. Pour être vraisemblable, cette preuve doit ressortir de sources autres que l'accusé, ou s'y appuyer».

During the course of the trial the complainant's mental health records were admitted. They had been obtained in order to permit an expert to consider them on the issue of the complainant's competence to testify under oath. Counsel sought leave to cross-examine the complainant on those records, specifically on the following note in the records which is dated July 9, 1987:

The hearing into the sexual assault has been postponed until September. Linda now wishes that it had not been postponed. She is concerned that her attitude and behaviour may have influenced the man to some extent and is having second thoughts about the entire case.

The trial judge refused to permit counsel to cross examine on this note ruling that the records had been made available for the limited purpose of determining competence of the complainant to testify under oath. Further exploration by means of cross-examination would in his opinion be a violation of the complainant's right to privacy.

The Court of Appeal (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159

Southin J.A. writing for the court considered first whether the trial judge had erred in failing to charge the jury with respect to the *mens rea* required for the offences of sexual assault and kidnapping. On the basis of *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, and *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, she held with regard to sexual assault that the trial judge had erred in his appreciation of the air of reality requirement. She expressed the opinion that the testimony of the accused alone might give an air of reality to the defence of mistaken belief that the complainant was consenting.

However, she found that while the trial judge had erred on this issue, the error did not result in any misdirection to the jury, as there was nothing in the appellant's evidence which required the trial judge to charge the jury on the *mens rea* required to commit the offence of kidnapping. The appel-

Au cours du procès, les dossiers médicaux sur la santé mentale de la plaignante ont été admis. Ils devaient permettre à un expert autorisé à les examiner de déterminer si la plaignante était habile à témoigner sous serment. L'avocat a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ces dossiers, notamment au sujet de la note suivante, datée du 9 juillet 1987, qui y figurait:

[TRADUCTION] L'audition relative à l'agression sexuelle a été reportée jusqu'en septembre. Linda souhaite maintenant qu'elle n'ait pas été reportée. Elle craint que son attitude et son comportement aient pu influencer l'homme jusqu'à un certain degré et elle commence à avoir des doutes quant à toute l'affaire.

Le juge du procès a refusé à l'avocat de la contre-interroger au sujet de cette note, en concluant que les dossiers avaient été communiqués dans le but exprès de déterminer l'habilité de la plaignante à témoigner sous serment. Selon lui, un examen plus approfondi au moyen d'un contre-interrogatoire constituerait une violation du droit à la vie privée de la plaignante.

La Cour d'appel (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159

Dans les motifs qu'elle a rédigés pour la Cour d'appel, le juge Southin s'est d'abord demandé si le juge du procès avait commis une erreur en omettant d'instruire le jury quant à la *mens rea* requise dans les infractions d'agression sexuelle et d'enlèvement. En se fondant sur les arrêts *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, et *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, elle a conclu en ce qui a trait à l'agression sexuelle que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation du critère de la vraisemblance. Elle a exprimé l'avis que le témoignage de l'accusé pouvait à lui seul donner une vraisemblance au moyen de défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante.

Elle a toutefois conclu que l'erreur commise par le juge du procès sur ce point n'avait pas vicié les directives données au jury puisque aucun élément de la preuve de l'appelant n'obligeait le juge du procès à instruire le jury sur la question de la *mens rea* nécessaire à la perpétration de l'infraction

lant had never testified that he believed that the complainant was consenting to being taken to Parksville without any clothes, nor that it was not his intention to confine her against her will. In any event, she expressed the opinion that he would not have been believed, if he had testified in such a manner. In the absence of the commission of the offence of kidnapping by the appellant, she noted that it might have been preferable that the issue of *mens rea* had been left with the jury on the question of sexual assault. However she wrote (at p. 184 C.R.):

... an argument that a man who, knowingly or recklessly, forcibly confined a woman against her will can have an honest belief that, during her confinement, she was freely consenting to his sexual advances has no air of reality about it at all.

Thus it was held that the omission from the charge of any direction as to *mens rea* for sexual assault did not amount to a misdirection.

Southin J.A. then dealt with the appellant's alternative submission that the trial judge's decision not to refer to the defence of honest but mistaken belief in his charge to the jury constituted a violation of the appellant's rights to be presumed innocent until proven guilty and to a trial by jury as guaranteed by ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. She rejected this contention holding that the *Charter* does not require the judge in his charge to draw to the attention of the jury all legally possible issues regardless of whether they arise on the evidence.

Lastly on the cross-examination question, it was held that the trial judge erred in basing his refusal to allow cross-examination on the complainant's mental health records on the grounds that it would violate her right to privacy. It was held that if the cross-examination on the records went to the credibility of the complainant then counsel for the appellant should have been permitted to cross-examine. However, since the trial record did not disclose what questions counsel proposed to ask, it

d'enlèvement. L'appellant n'a jamais déclaré avoir cru que la plaignante consentait à être conduite vers Parksville sans ses vêtements, ou ne pas avoir eu l'intention de la séquestrer contre son gré. De toute façon, elle a exprimé l'opinion que le jury ne l'aurait pas cru s'il avait fait une telle déposition. À défaut de la perpétration de l'infraction d'enlèvement par l'appellant, elle a noté qu'il aurait peut-être été préférable que la question de la *mens rea* eût été soumise au jury relativement à l'infraction d'agression sexuelle. Elle a toutefois écrit (à la p. 184 C.R.):

[TRADUCTION] ... l'argument selon lequel un homme qui, sciemment ou par insouciance, a séquestré une femme par la force et contre son gré peut croire sincèrement que, durant sa séquestration, elle consentait librement à ses avances sexuelles n'a absolument aucune vraisemblance.

La cour a donc conclu que le fait de ne pas donner de directive au jury quant à la *mens rea* nécessaire dans les cas d'agression sexuelle n'avait pas vicié l'exposé au jury.

Le juge Southin a ensuite examiné la prétention subsidiaire portant que la décision du juge du procès de ne pas mentionner le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée dans son exposé au jury constituait une atteinte au droit de l'appellant à la présomption d'innocence tant qu'il n'est pas déclaré coupable, et à un procès avec jury, droits qui sont garantis par les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte*. Elle a rejeté cette prétention en concluant que la *Charte* n'oblige pas le juge à attirer l'attention des jurés, dans son exposé, sur tous les aspects qui pourraient être soulevés en vertu de la loi, peu importe s'ils découlent de la preuve.

Enfin, sur la question du contre-interrogatoire, la cour a conclu que le juge du procès a commis une erreur en fondant son refus d'autoriser le contre-interrogatoire au sujet des dossiers psychiatriques de la plaignante sur le fait que ce serait porter atteinte à son droit à la vie privée. La cour a conclu que si le contre-interrogatoire portant sur les dossiers visait la crédibilité de la plaignante, l'avocat de l'appellant aurait dû être autorisé à y procéder. Toutefois, puisque le dossier du procès