

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**R.V.** *Respondent*

and

**Ending Violence Association of Canada and  
Criminal Lawyers' Association of Ontario**  
*Intervenors*

**INDEXED AS: R. v. R.V.**

**2019 SCC 41**

File No.: 38286.

2019: March 20; 2019: July 31.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO**

*Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with sexual assault and sexual interference — Crown introducing evidence of complainant's sexual activity — Accused's application to challenge Crown's evidence by cross-examining complainant dismissed — Accused convicted — Whether accused was entitled to cross-examine complainant on Crown-led evidence relative to her sexual activity — If so, whether curative proviso should be applied — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 686(1)(b)(iii).*

*Criminal law — Trial — Continuation of proceedings — Application judge dismissing application by accused to cross-examine complainant on Crown-led evidence of complainant's sexual activity — Proceedings continued before different judge — Trial judge refusing to rehear accused's application — Whether trial judge had jurisdiction to reconsider application — Whether material change in circumstances warranted reconsideration of application — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 669.2.*

The accused was charged with sexual assault and sexual interference. During pre-trial proceedings, he applied under s. 276 of the *Criminal Code* for permission to cross-examine the complainant about her prior sexual activity

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**R.V.** *Intimé*

et

**Association canadienne contre la violence et  
Criminal Lawyers' Association of Ontario**  
*Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : R. c. R.V.**

**2019 CSC 41**

N° du greffe : 38286.

2019 : 20 mars; 2019 : 31 juillet.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE  
L'ONTARIO**

*Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Comportement sexuel de la plaignante — Accusé inculpé d'agression sexuelle et de contacts sexuels — Preuve d'une activité sexuelle de la plaignante présentée par le ministère public — Rejet de la demande de l'accusé pour contester la preuve à charge en contre-interrogeant la plaignante — Accusé déclaré coupable — L'accusé avait-il le droit de contre-interroger la plaignante relativement à la preuve présentée par le ministère public sur son activité sexuelle? — Si oui, la disposition réparatrice devrait-elle être appliquée? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276, 686(1)(b)(iii).*

*Droit criminel — Procès — Continuation des procédures — Rejet de la demande de l'accusé pour contre-interroger la plaignante sur la preuve à charge relative à son activité sexuelle par la juge saisie de la demande — Continuation des procédures devant un autre juge — Refus par le juge du procès de réentendre la demande de l'accusé — Le juge du procès avait-il compétence pour ré-examiner la demande? — Un changement important de circonstances justifiait-il le réexamen de la demande? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 669.2.*

L'accusé a été inculpé pour agression sexuelle et contacts sexuels. Durant les procédures préalables au procès, il a demandé, en application de l'art. 276 du *Code criminel*, l'autorisation de contre-interroger la plaignante au

because the Crown intended to rely on the complainant's pregnancy as evidence of sexual contact with the accused. The application judge dismissed the accused's s. 276 application. After the *voir dire* and prior to trial, the application judge invoked s. 669.2 of the *Criminal Code* and the trial continued before another judge. At the outset of the trial, the trial judge declined the accused's request to re-litigate the s. 276 application. The accused was convicted of sexual interference. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial. In the Court of Appeal's view, it was patently unfair for the Crown to rely on the pregnancy as confirming the complainant's story while preventing the accused from challenging this inference. The court also held that the trial judge's conclusion that he was bound by the initial s. 276 ruling was incorrect. It ordered a new trial.

*Held* (Brown and Rowe JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction restored.

*Per* Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis and Martin JJ.: The application judge erred in dismissing the accused's s. 276 application and the trial judge erred in concluding that he was bound by the initial s. 276 ruling. The ability to cross-examine the complainant was fundamental to the accused's right to make full answer and defence. However, no miscarriage of justice occurred since the cross-examination that was permitted and actually occurred allowed the defence to test the evidence with sufficient rigour.

Sexual assault trials raise unique challenges in protecting the integrity of the trial and balancing the societal interests of both the accused and the complainant. Parliament and the courts have responded to these challenges by setting out rules of evidence tailored to this context. Section 276 of the *Criminal Code* governs the accused's right to introduce evidence regarding the complainant's prior sexual activity. Such evidence is never admissible to support the twin myths that the complainant is less worthy of belief or more likely to have consented to the sexual activity in question. In order to respect the presumption of innocence and the accused's right to make full answer and defence, evidence may be adduced for other relevant purposes but must satisfy rigorous criteria to ensure it does not undermine the integrity of the trial or the complainant's dignity and privacy. The requirements of s. 276 apply with equal force regardless of whether

sujet de son comportement sexuel antérieur, parce que le ministère public entendait s'appuyer sur la grossesse de la plaignante comme preuve d'un contact sexuel avec lui. La juge saisie de la demande fondée sur l'art. 276 l'a rejetée. Après le *voir-dire* et avant le procès, la juge saisie de la demande a invoqué l'art. 669.2 du *Code criminel*, et le procès s'est poursuivi devant un autre juge. À l'ouverture du procès, le juge a rejeté la demande de l'accusé pour que celle fondée sur l'art. 276 soit plaidée de nouveau. L'accusé a été déclaré coupable de contacts sexuels. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et ordonné la tenue d'un nouveau procès. À son avis, il était manifestement injuste que le ministère public s'appuie sur la grossesse pour confirmer le récit de la plaignante tout en empêchant l'accusé de contester cette inférence. La Cour d'appel a également jugé que la conclusion du juge du procès selon laquelle il était lié par la décision initiale fondée sur l'art. 276 était erronée. Elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*Arrêt* (les juges Brown et Rowe sont dissidents) : L'appel est accueilli et la déclaration de culpabilité est rétablie.

*Le* juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin : La juge saisie de la demande a commis une erreur en rejetant la demande de l'accusé fondée sur l'art. 276 et le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il était lié par la décision initiale fondée sur l'art. 276. La possibilité de contre-interroger la plaignante était un élément fondamental du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Toutefois, il n'y a eu aucune erreur judiciaire puisque le contre-interrogatoire qui a été autorisé et qui a effectivement eu lieu a permis à la défense de vérifier la preuve avec suffisamment de rigueur.

Les procès pour agression sexuelle posent des défis particuliers touchant la protection de l'intégrité du procès ainsi que la mise en balance des intérêts sociétaux de l'accusé et de la plaignante. Devant ces difficultés, le législateur et les tribunaux ont établi des règles de preuve adaptées à ce contexte. L'article 276 du *Code criminel* régit le droit de l'accusé d'introduire une preuve portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Une telle preuve n'est jamais admissible pour étayer les deux mythes voulant que la plaignante soit moins digne de foi ou plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en question. Pour respecter la présomption d'innocence ainsi que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, une preuve peut être présentée à d'autres fins pertinentes, mais doit satisfaire à des critères rigoureux pour qu'elle ne mine pas l'intégrité du procès ou la dignité et la vie privée de la plaignante. Les exigences de

the accused seeks to introduce evidence to establish a defence or to challenge inferences urged by the Crown. Before evidence of a complainant's sexual history may be introduced, the court must carefully scrutinize the potential evidence.

Individuals charged with criminal offences are presumed innocent until proven guilty; accordingly, an accused has the right to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the prosecution's evidence. Full answer and defence is a principle of fundamental justice, protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. A key element of full answer and defence is the right to cross-examine the Crown's witnesses without significant and unwarranted restraint. In certain circumstances, cross-examination may be the only way to get at the truth. The fundamental importance of cross-examination is reflected in the general rule that counsel is permitted to ask any question for which they have a good faith basis. Uncertainty of result does not deprive a line of questioning of its probative value.

However, the right to cross-examine is not unlimited. Cross-examination questions must be relevant and their prejudicial effect must not outweigh their probative value. Section 276 requires that the accused's right to make full answer and defence be balanced with the dangers that cross-examination may pose to the complainant's privacy and dignity and the integrity of the trial process. This is because inquiries into any individual's sexual history are highly intrusive. In addition, testifying in a sexual assault case can be traumatizing and harmful to complainants.

Where challenging the Crown's evidence of the complainant's sexual history directly implicates the accused's ability to raise a reasonable doubt, cross-examination becomes fundamental to the accused's ability to make full answer and defence and must be allowed in some form. The more important evidence is to the defence, the more weight must be given to the rights of the accused. However, since permitting an accused to question a complainant on such matters treads on dangerous grounds, raising both dignity and privacy concerns, judges must tightly control such cross-examinations to minimize those risks.

l'art. 276 s'appliquent tout autant lorsque l'accusé cherche à introduire un élément de preuve pour établir un moyen de défense que lorsqu'il conteste des inférences mises de l'avant par le ministère public. Avant qu'une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante puisse être introduite, le tribunal doit examiner de façon minutieuse la preuve que l'on veut présenter.

Les personnes accusées d'infractions criminelles sont présumées innocentes jusqu'à ce que leur culpabilité soit établie; tout accusé a donc le droit de présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir un moyen de défense ou de contester la preuve de la poursuite. La défense pleine et entière est un principe de justice fondamentale, protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière est le droit de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées. Dans certaines situations, il se peut que le contre-interrogatoire soit le seul moyen de découvrir la vérité. L'importance fondamentale du contre-interrogatoire est reflétée par la règle générale selon laquelle un procureur peut poser toute question, pourvu qu'il le fasse de bonne foi. L'incertitude du résultat ne prive pas une série de questions de sa pertinence.

Toutefois, le droit de contre-interroger n'est pas illimité. Les questions posées en contre-interrogatoire doivent être pertinentes et leur effet préjudiciable ne doit pas excéder leur valeur probante. L'article 276 exige que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière soit mis en balance avec les risques d'atteinte que le contre-interrogatoire peut poser à la vie privée et à la dignité de la plaignante ainsi qu'à l'intégrité du processus judiciaire. Cela découle du fait que les questions sur le comportement sexuel antérieur de tout individu sont très intrusives. En outre, témoigner dans une affaire d'agression sexuelle peut être traumatisant et nocif pour les plaignantes.

Lorsque la contestation de la preuve présentée par le ministère public du comportement sexuel antérieur de la plaignante a une incidence directe sur la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable, le contre-interrogatoire devient primordial pour la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et il doit être autorisé sous une forme ou sous une autre. Plus la preuve est importante pour la défense, plus il faut donner de poids aux droits de l'accusé. Toutefois, puisque permettre à un accusé d'interroger une plaignante sur de tels sujets comporte des risques qui soulèvent des préoccupations relatives tant à la dignité qu'à la vie privée, les juges doivent exercer un contrôle serré de tels contre-interrogatoires pour minimiser ces risques.

Broad exploratory questioning is never permitted under s. 276. Where targeted cross-examination of the complainant is permitted, trial judges must strike a delicate balance between giving counsel sufficient latitude to conduct effective cross-examination and minimizing any negative impacts on the complainant and the trial process. Proposed questions should be canvassed in advance and may be reassessed based upon the answers received. In certain cases, it may even be appropriate to approve specific wording.

Section 276(1) and the common law principles apply to Crown-led evidence of a complainant's sexual history. Where the accused's s. 276 application relates to Crown-led evidence, it would be prudent to consider both the Crown's proposed use of the evidence and any challenges proposed by the accused at the same time.

Section 276(2)(a) requires the accused to identify "specific instances of sexual activity" to avoid unnecessary incursions into the sexual life of the complainant. The words "specific instances of sexual activity" must be read purposively and contextually. They limit admissible evidence to discrete sexual acts, and protect against misuse of general reputational evidence to discredit the complainant and distort the trial process. The "specific instances" requirement is buttressed by the procedural aspects of a s. 276 application, which require the accused to set out "detailed particulars" of the evidence to be adduced. By requiring "detailed particulars", the *Criminal Code* ensures that judges are equipped to meaningfully engage with the s. 276 analysis and that defence evidence does not take the Crown or complainant by surprise. However, s. 276(2)(a) does not always require an accused to come before the court armed with names, dates and locations. Requiring such details may, in some cases, be unduly intrusive, defeating one of the provision's most important objectives. The degree of specificity required depends on the circumstances of the case, the nature of the sexual activity that the accused seeks to adduce and the use to be made of that evidence. Caution must be exercised where the proposed inquiry captures a broad range of sexual activity and is limited only by a specified timeframe.

In this case, the complainant testified that she was a virgin at the time of the assault. The Crown introduced evidence of her subsequent pregnancy and the approximate date of conception to support the complainant's

Suivant l'article 276, il n'est jamais permis de se livrer à un interrogatoire exploratoire tous azimuts. Lorsqu'un contre-interrogatoire ciblé de la plaignante est permis, le juge du procès doit établir un équilibre délicat qui consiste à donner au procureur la latitude suffisante pour mener un contre-interrogatoire efficace tout en minimisant tout effet négatif sur la plaignante et sur le processus judiciaire. Les questions proposées doivent être examinées à l'avance et peuvent être réévaluées en fonction des réponses reçues. Dans certains cas, il peut même être opportun d'approuver une formulation précise.

Le paragraphe 276(1) et les principes de common law s'appliquent à la preuve présentée par le ministère public au sujet du comportement sexuel antérieur d'une plaignante. Dans les cas où la demande de l'accusé fondée sur l'art. 276 a trait à un élément de preuve présenté par le ministère public, il serait prudent d'examiner en même temps l'utilisation que compte faire ce dernier de cette preuve et les contestations que l'accusé lui oppose.

L'alinéa 276(2)a oblige l'accusé à identifier des « cas particuliers d'activité sexuelle » pour éviter les incursions inutiles dans la vie sexuelle de la plaignante. Les mots « cas particuliers d'activité sexuelle » doivent être interprétés de manière téléologique et contextuelle. Ils limitent la preuve admissible à des actes sexuels distincts, et protègent contre la mauvaise utilisation d'une preuve générale de réputation visant à discréditer la plaignante et à dénaturer le procès. L'exigence des « cas particuliers » est renforcée par les aspects procéduraux d'une demande fondée sur l'art. 276, qui oblige l'accusé à énoncer « toutes précisions » au sujet de la preuve en cause. En exigeant « toutes précisions », le *Code criminel* fait en sorte que les juges sont bien outillés pour faire l'analyse qui s'impose en application de l'art. 276 et que la preuve de la défense ne prend pas le ministère public ou la plaignante par surprise. Toutefois, l'alinéa 276(2)a n'oblige pas toujours l'accusé à se présenter devant le tribunal muni de noms, de dates et de lieux. Il pourrait, dans certains cas, être indûment intrusif d'exiger de telles précisions, frustrant ainsi un des objectifs les plus importants de la disposition. Le degré de précision requis dépend des circonstances de l'affaire, de la nature de l'activité sexuelle que l'accusé cherche à mettre en preuve et de l'utilisation qui sera faite de cette preuve. La prudence s'impose lorsque l'enquête proposée porte sur un large éventail d'activités sexuelles et n'est limitée que par un intervalle de temps précis.

En l'espèce, la plaignante a affirmé dans son témoignage qu'elle était vierge au moment de l'agression. Le ministère public a introduit une preuve de sa grossesse subséquente et de la date approximative de la conception

testimony that she was sexually assaulted by the accused. The presumption of innocence requires that the accused be permitted to test such critical, corroborating physical evidence before it can be relied on to support a finding of guilt. Given the accused's denial of any sexual contact with the complainant, and the lack of other evidence of paternity, the ability to cross-examine the complainant was fundamental to his right to make full answer and defence. It would be unfair for the Crown to rely on the complainant's testimony that the accused caused the pregnancy while at the same time preventing the accused from challenging the complainant's account. Furthermore, the accused's request to cross-examine the complainant satisfied the "specific instances" requirement of s. 276(2)(a) because it was sufficiently detailed to permit the judge to apply the regime. The cross-examination sought to establish that the pregnancy was caused by sexual activity other than the alleged assault. The Crown-led evidence implicated a specific sexual act, namely activity capable of causing pregnancy within a particular timeframe.

Section 669.2 of the *Criminal Code* does not displace the general rule that a trial judge has discretion to reconsider rulings made earlier in the proceedings if there is a material change of circumstances. An order related to the conduct of trial may be varied or revoked if there is a material change of circumstances as s. 276 continues to operate even after an initial evidentiary ruling has been rendered. In this case, the trial judge held that he could not re-consider the ruling and also observed that no material change of circumstances had occurred between the s. 276 ruling and the start of trial. Given the trial judge's decision, counsel for the accused may have thought it would be futile to apply for a re-consideration, even if the circumstances changed during the trial.

Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* permits a court of appeal to dismiss an appeal from a conviction where "no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred". Applying the curative proviso is appropriate in two circumstances: (1) where the error is harmless or trivial; or (2) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would inevitably convict. Because cross-examination is a key element of the right to make full answer and defence, a failure to allow relevant cross-examination will almost always be grounds for a new trial. In this case, a correct balancing of the interests set out in

pour étayer le témoignage de la plaignante selon lequel elle avait été agressée sexuellement par l'accusé. La présomption d'innocence exige que l'accusé soit autorisé à vérifier la fiabilité de cet élément de preuve matérielle corroborante si cruciale, avant que l'on puisse s'y fier pour étayer une conclusion de culpabilité. Puisque l'accusé a nié avoir eu quelque contact sexuel que ce soit avec la plaignante, et en l'absence de toute autre preuve de paternité, la possibilité de contre-interroger la plaignante était un élément fondamental de son droit de présenter une défense pleine et entière. Il serait injuste que le ministère public s'appuie sur le témoignage de la plaignante selon lequel l'accusé a causé la grossesse tout en empêchant l'accusé de contester le récit de la plaignante. De plus, la demande de l'accusé pour contre-interroger la plaignante satisfaisait à la condition relative aux « cas particuliers » visés à l'al. 276(2)a), parce qu'elle était suffisamment détaillée pour permettre à la juge d'appliquer le régime. Le contre-interrogatoire visait à établir que la grossesse avait été causée par une activité sexuelle autre que l'agression alléguée. La preuve présentée par le ministère public avait fait état d'un acte sexuel en particulier, à savoir une activité capable de causer la grossesse dans un intervalle de temps déterminé.

L'article 669.2 du *Code criminel* n'écarte pas la règle générale selon laquelle le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de réexaminer les décisions prises antérieurement dans l'instance s'il y a un changement important des circonstances. Une ordonnance relative à l'instruction du procès peut être modifiée ou révoquée s'il y a un changement important des circonstances puisque l'art. 276 continue à s'appliquer, même après le prononcé de la décision initiale sur la preuve. En l'espèce, le juge du procès a conclu qu'il ne pouvait pas réexaminer la décision et a aussi noté qu'aucun changement important des circonstances n'était survenu entre la décision fondée sur l'art. 276 et l'ouverture du procès. Compte tenu de la décision du juge du procès, le procureur de l'accusé a pu penser qu'il aurait été futile de demander un réexamen, même si la situation changeait en cours de procès.

Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* permet à une cour d'appel de rejeter un appel d'une déclaration de culpabilité lorsqu'« aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit ». L'application de la disposition réparatrice convient dans deux situations : (1) lorsque l'erreur est inoffensive ou négligeable; (2) lorsque la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité. Comme le contre-interrogatoire est un élément clé du droit à une défense pleine et entière, le défaut de permettre un contre-interrogatoire pertinent justifiera presque toujours la tenue

s. 276(3) would have allowed the accused to make limited inquiries into: (i) the complainant's understanding of the types of sexual activity capable of causing pregnancy and (ii) whether she engaged in any such activity at the relevant time. The scope of permissible cross-examination would not have been any broader than the questioning that actually occurred. The accused was not precluded from adequately testing the evidence in this case, despite the errors in the s. 276 ruling. The application and trial judge's errors are harmless and there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the errors not been made.

*Per Brown and Rowe JJ. (dissenting):* There is agreement with the majority that the application judge misapplied the admissibility criteria under s. 276 of the *Criminal Code* and further, that the trial judge erred in holding that he had no jurisdiction to reconsider the s. 276 ruling in light of the evidence adduced by the Crown. However, there is disagreement as to the appropriate remedy for the errors of the application and trial judges. The errors in this case were not harmless or minor, nor was the evidence overwhelming. Cross-examination was restricted in a manner not consistent with the purpose behind s. 276 and as a result, the accused was denied a fair trial.

The right to test the Crown's evidence through relevant cross-examination is guaranteed by both the common law and the *Charter* as a core element of the right to make full answer and defence. An accused has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word as long as that right is not abused. An accused's fair trial rights include not just the fact of cross-examination, but also control over the rhythm of cross-examination. Cross-examination is not so much a series of questions as a process of questioning. Cross-examination involves putting careful questions to a witness that are designed to explore bit by bit the nature and extent of that witness's knowledge, and therefore is effective only where it is permitted to proceed step by step towards the ultimate point, where the examiner can pose the final question (or questions), knowing by that time what the answer(s) will be, having regard to the earlier evidence elicited. When cross-examination is unduly restricted, the effects on the fairness of the trial will often reverberate beyond, and cannot be fully appreciated by parsing, the particular words in a transcript. However, a cross-examination that is not

d'un nouveau procès. En l'espèce, une mise en balance adéquate des intérêts énoncés au par. 276(3) aurait permis à l'accusé de poser des questions limitées sur : (i) la compréhension par la plaignante des types d'activités sexuelles capables de causer la grossesse et (ii) le fait de savoir si elle s'était adonnée à ce type d'activités durant l'intervalle de temps pertinent. La portée d'un contre-interrogatoire admissible n'aurait pas été plus large que l'interrogatoire qui a effectivement eu lieu. L'accusé n'a pas été empêché de vérifier adéquatement la preuve en l'espèce en dépit des erreurs commises dans la décision fondée sur l'art. 276. Les erreurs de la juge saisie de la demande et du juge du procès sont anodines et il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent en l'absence des erreurs.

*Les juges Brown et Rowe (dissidents) :* Il y a accord avec les juges majoritaires que la juge saisie de la demande a mal appliqué les critères d'admissibilité énoncés à l'art. 276 du *Code criminel* et que, en outre, le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas compétence pour réexaminer la décision fondée sur l'art. 276 à la lumière de la preuve présentée par le ministère public. Par contre, il y a désaccord quant à la réparation adéquate des erreurs de la juge saisie de la demande et du juge du procès. Les erreurs commises en l'espèce n'étaient ni inoffensives ni négligeables; la preuve n'était pas non plus accablante. Le contre-interrogatoire a été restreint d'une manière qui n'est pas conforme à l'objet qui sous-tend l'art. 276 et, en conséquence, l'accusé s'est vu privé d'un procès équitable.

Le droit de vérifier la preuve du ministère public au moyen d'un contre-interrogatoire pertinent est garanti à la fois par la common law et par la *Charte* en tant qu'élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière. L'accusé a le droit de contre-interroger les témoins, et ce, au sens le plus complet et le plus large du terme, pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit. Les droits de l'accusé lui garantissant un procès équitable comprennent non seulement le fait qu'il y ait un contre-interrogatoire, mais aussi le contrôle sur le rythme de celui-ci. Un contre-interrogatoire n'est pas tant une série de questions qu'un processus d'interrogatoire. Un contre-interrogatoire consiste à poser à un témoin des questions judicieuses conçues pour explorer, peu à peu, la nature et l'étendue de la connaissance de ce témoin et n'est donc efficace que s'il peut se dérouler étape par étape vers le point ultime où celui qui contre-interroge peut poser la dernière question (ou questions), sachant à ce moment-là quelle sera la réponse (ou les réponses), compte tenu des éléments de preuve obtenus antérieurement. Lorsque le contre-interrogatoire est indûment restreint, les effets sur l'équité du procès se répercutent souvent au-delà des mots

unduly restricted does not mean a cross-examination that is boundless. Parliament has specifically legislated limits on questioning related to a complainant's sexual history into the *Criminal Code*.

If an accused's right to test the Crown's evidence is irremediably impaired through an inability to challenge a crucial part of the case against them, it will be inappropriate to invoke or apply the curative proviso provided for in s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. Where there has been a legal error, the default is to order a new trial; the proviso allows a departure from this default rule only in very narrow circumstances. The curative proviso is rarely (successfully) invoked, and applies where, and only where, the error is minor or harmless, or the evidence is overwhelming. It is a high bar for the Crown to meet. The high bar on the proviso's use strongly affirms the need to safeguard the integrity of the criminal justice system from the risk of wrongful conviction.

Given the interests the proviso protects, it cannot be invoked here. In the absence of overwhelming evidence, its application turns on whether the erroneous s. 276 ruling was so minor or harmless that it could not have had an impact on the verdict. The errors were significant and their cumulative effect deprived the accused of the right to engage in a process of questioning protected by both the *Charter* and the common law. Had the accused been able to effectively challenge the sexual history evidence presented by the Crown, he may have been able to elicit something that was sufficient to raise a doubt: cross-examination may well have been the only way to elicit evidence that was not apparent at the outset. The accused, therefore, was denied a fair trial, and where fair trial rights have been infringed, the appeal should run its natural course. The appeal should be dismissed.

### Cases Cited

By Karakatsanis J.

**Referred to:** *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Osolin*,

précis qui figurent dans la transcription et ne peuvent être pleinement pris en compte lors de l'analyse de ces mots. Cela dit, un contre-interrogatoire qui n'est pas indûment restreint ne consiste pas en un contre-interrogatoire illimité. Le législateur a expressément prévu dans le *Code criminel* des limites aux questions qui peuvent être posées sur le comportement sexuel antérieur d'une plaignante.

Si l'incapacité de contester une partie cruciale de la preuve présentée contre lui a eu pour effet de porter irrémédiablement atteinte au droit de l'accusé de vérifier la preuve du ministère public, il sera inopportun d'invoquer ou d'appliquer la disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. Lorsqu'il y a eu erreur judiciaire, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée par défaut; la disposition réparatrice permet une dérogation à cette règle seulement dans des circonstances très précises. La disposition réparatrice est rarement invoquée (avec succès) et elle s'applique si, et uniquement si, l'erreur est négligeable ou inoffensive, ou lorsque la preuve est accablante. Il s'agit d'un critère rigoureux auquel le ministère public doit satisfaire. Le critère rigoureux auquel il faut satisfaire pour appliquer la disposition confirme avec vigueur le besoin de protéger l'intégrité du système de justice criminelle contre le risque d'une déclaration de culpabilité injustifiée.

Vu les intérêts que protège la disposition réparatrice, elle ne peut pas être invoquée en l'espèce. En l'absence d'une preuve accablante, son application dépend donc de la question de savoir si la décision erronée fondée sur l'art. 276 était à ce point négligeable ou inoffensive qu'elle n'a pu avoir un impact sur le verdict. Les erreurs étaient graves et leur effet cumulatif a privé l'accusé du droit de mener un processus d'interrogatoire, protégé à la fois par la *Charte* et par la common law. Si l'accusé avait pu contester efficacement la preuve présentée par le ministère public concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante, il aurait pu obtenir quelque chose qui aurait suffi pour soulever un doute : le contre-interrogatoire pouvait fort bien être la seule façon d'obtenir des éléments de preuve qui n'étaient pas apparents au départ. Par conséquent, l'accusé s'est vu privé d'un procès équitable et lorsqu'il y a eu atteinte aux droits à un procès équitable, l'appel devrait suivre son cours normal. L'appel devrait être rejeté.

### Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Osolin*,

[1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Nkemka*, 2013 ONSC 2121; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Akumu*, 2017 BCSC 533; *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680; *R. v. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308, aff'd 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381; *R. v. Brothers* (1995), 169 A.R. 122; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33.

By Brown and Rowe JJ. (dissenting)

*R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716; *R. v. Brown*, 2018 ONCA 481, 361 C.C.C. (3d) 510; *R. v. Bomberry*, 2010 ONCA 542, 267 O.A.C. 235; *R. v. Hill*, 2015 ONCA 616, 339 O.A.C. 90; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726; *R. v. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 593 A.R. 76; *Regina v. White* (1976), 1 Alta. L.R. (2d) 292; *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193; *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. v. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *Fox v. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017; *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942); *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469 (1948); *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Sarrazin*, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 246.6(1)(a) [rep. & sub. 1985, c. C-46, s. 276(1)(a)].

Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 276.1(2) [ad. 2018, c. 29, s. 25], (4) [*idem*], 669.2, 686(1)(b)(iii).

[1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Nkemka*, 2013 ONSC 2121; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Akumu*, 2017 BCSC 533; *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680; *R. c. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308, conf. par 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381; *R. c. Brothers* (1995), 169 A.R. 122; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33.

Citée par les juges Brown et Rowe (dissidents)

*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716; *R. c. Brown*, 2018 ONCA 481, 361 C.C.C. (3d) 510; *R. c. Bomberry*, 2010 ONCA 542, 267 O.A.C. 235; *R. c. Hill*, 2015 ONCA 616, 339 O.A.C. 90; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726; *R. c. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 593 A.R. 76; *Regina c. White* (1976), 1 Alta. L.R. (2d) 292; *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193; *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. c. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *Fox c. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017; *Adams c. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942); *Michelson c. United States*, 335 U.S. 469 (1948); *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Sarrazin*, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11(d).

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276, 276.1(2) [aj. 2018, c. 29, art. 25], (4) [*idem*], 669.2, 686(1)(b)(iii).

*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, L.C. 1980-81-82-83, c. 125, art. 246.6(1)(a) [abr. & rempl. 1985, c. C-46, art. 276(1)(a)].

Projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., 2018.

**Authors Cited**

- Adair, Geoffrey D. E. *On Trial: Advocacy Skills, Laws and Practice*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Butterworths, 2004.
- Craig, Elaine. *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*. Montréal: McGill-Queen's University Press, 2018.
- Craig, Elaine. "The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases" (2014), 51 *Osgoode Hall L.J.* 427.
- Ozkin, Senem. "Balancing of Interests: Admissibility of Prior Sexual History under Section 276" (2011), 57 *Crim. L.Q.* 327.
- Woolley, Alice. *Understanding Lawyers' Ethics in Canada*, 2nd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacFarland, Watt and Paciocco JJ.A.), 2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696, 362 C.C.C. (3d) 434, 46 C.R. (7th) 309, [2018] O.J. No. 3162 (QL), 2018 CarswellOnt 9555 (WL Can.), setting aside the conviction for sexual interference entered by Gee J. and ordering a new trial. Appeal allowed, Brown and Rowe JJ. dissenting.

*Katie Doherty*, for the appellant.

*Michael Dineen* and *Megan Savard*, for the respondent.

*Greg J. Allen* and *Jorie Les*, for the intervener the Ending Violence Association of Canada.

*Marie Henein* and *Lauren Mills Taylor*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis and Martin JJ. was delivered by

KARAKATSANIS J. —

I. Introduction

[1] Sexual assault trials raise unique challenges in protecting the integrity of the trial and balancing the

**Doctrine et autres documents cités**

- Adair, Geoffrey D. E. *On Trial : Advocacy Skills, Laws and Practice*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis Butterworths, 2004.
- Craig, Elaine. *Putting Trials on Trial : Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2018.
- Craig, Elaine. « The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases » (2014), 51 *Osgoode Hall L.J.* 427.
- Ozkin, Senem. « Balancing of Interests : Admissibility of Prior Sexual History under Section 276 » (2011), 57 *Crim. L.Q.* 327.
- Woolley, Alice. *Understanding Lawyers' Ethics in Canada*, 2nd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacFarland, Watt et Paciocco), 2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696, 362 C.C.C. (3d) 434, 46 C.R. (7th) 309, [2018] O.J. No. 3162 (QL), 2018 CarswellOnt 9555 (WL Can.), qui a annulé la déclaration de culpabilité pour contacts sexuels inscrite par le juge Gee et ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Brown et Rowe sont dissidents.

*Katie Doherty*, pour l'appelante.

*Michael Dineen* et *Megan Savard*, pour l'intimé.

*Greg J. Allen* et *Jorie Les*, pour l'intervenante l'Association canadienne contre la violence.

*Marie Henein* et *Lauren Mills Taylor*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis et Martin rendu par

LA JUGE KARAKATSANIS —

I. Introduction

[1] Les procès pour agression sexuelle posent des défis particuliers touchant la protection de l'intégrité

societal interests of both the accused and the complainant. Parliament and the courts have responded to these challenges by setting out rules of evidence tailored to this context.

[2] Parliament enacted s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to govern the accused's right to introduce evidence regarding the complainant's prior sexual activity. Such evidence is never admissible to support the twin myths that the complainant is less worthy of belief or more likely to have consented to the sexual activity in question. In order to respect the presumption of innocence, evidence may be adduced for *other* relevant purposes but must satisfy rigorous criteria to ensure it does not undermine the integrity of the trial or the complainant's dignity and privacy.

[3] The issue in this case is how these requirements apply where the Crown introduces evidence relating to the complainant's sexual activity and the accused seeks to challenge that evidence by cross-examining the complainant.

[4] Here, the complainant testified that she was a virgin at the time of the assault. The Crown introduced evidence of her subsequent pregnancy and the approximate date of conception to support the complainant's testimony that she was sexually assaulted by the accused. The accused denied the allegations and sought to question the complainant as to whether anyone else could have caused the pregnancy.

[5] The application judge ruled that the accused was not permitted to ask whether the complainant had engaged in any other sexual activity because the accused had no evidence of "specific instances of sexual activity" — one of the requirements of

du procès ainsi que la mise en balance des intérêts sociétaux de l'accusé et de la plaignante<sup>1</sup>. Devant ces difficultés, le législateur et les tribunaux ont établi des règles de preuve adaptées à ce contexte.

[2] Le législateur a adopté l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, pour régir le droit de l'accusé d'introduire une preuve portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Une telle preuve n'est jamais admissible pour étayer les deux mythes voulant que la plaignante soit moins digne de foi ou plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en question. Pour respecter la présomption d'innocence, une preuve peut être présentée à d'*autres* fins pertinentes, mais doit satisfaire à des critères rigoureux pour qu'elle ne mine pas l'intégrité du procès ou la dignité et la vie privée de la plaignante.

[3] Il s'agit dans la présente affaire de savoir comment s'appliquent ces exigences lorsque le ministère public introduit une preuve relative au comportement sexuel de la plaignante et que l'accusé cherche à contester cette preuve en contre-interrogeant cette dernière.

[4] En l'espèce, la plaignante a affirmé dans son témoignage qu'elle était vierge au moment de l'agression. Le ministère public a introduit une preuve de sa grossesse subséquente et de la date approximative de la conception pour étayer le témoignage de la plaignante selon lequel elle avait été agressée sexuellement par l'accusé. Ce dernier a nié les allégations et a cherché à interroger la plaignante quant à la question de savoir si quelqu'un d'autre aurait pu avoir causé la grossesse.

[5] La juge saisie de la demande de l'accusé a statué qu'il n'était pas autorisé à demander si la plaignante avait eu toute autre activité sexuelle, parce qu'il ne disposait d'aucune preuve portant sur « des cas particuliers d'activité sexuelle » — une des

<sup>1</sup> L'article 276 du *Code criminel* utilise la forme masculine du mot « plaignant » pour décrire la personne qui serait victime de cette infraction. Toutefois, l'agression sexuelle est une infraction hautement genrée dont la plupart des victimes sont des femmes. Pour cette raison, et puisque la plaignante dans le dossier est une femme, j'utiliserai la forme féminine « plaignante » dans le présent jugement.

s. 276(2) of the *Criminal Code*. The accused was, however, permitted to cross-examine the complainant about her claim that she was a virgin at the time of the assault.

[6] I conclude that the application judge erred. The cross-examination sought to establish that the pregnancy was caused by sexual activity other than the alleged assault. The Crown-led evidence implicated a specific sexual act, namely activity capable of causing pregnancy within a particular timeframe. The accused's request satisfied the "specific instances" requirement of s. 276(2) because it was sufficiently detailed to permit the judge to apply the regime.

[7] The Crown clearly intended to rely on evidence of the pregnancy to establish the *actus reus*. The presumption of innocence requires the accused to be permitted to test such critical, corroborating physical evidence before it can be relied on to support a finding of guilt. Given the accused's denial of any sexual contact with the complainant, and the lack of other evidence of paternity, the ability to cross-examine the complainant was fundamental to his right to make full answer and defence.

[8] Nonetheless, permitting an accused to question a complainant about such matters treads on dangerous ground, raising both dignity and privacy concerns. Judges must tightly control such cross-examination to minimize those risks. The accused's right to make full answer and defence must be balanced with other interests protected in s. 276(3). Here, balancing those interests would have required any cross-examination to be narrow in scope.

[9] That said, I am of the view that no miscarriage of justice occurred in this case. The cross-examination that was permitted and actually occurred allowed the defence to test the evidence with sufficient rigour. I would allow the appeal and restore the conviction.

conditions prévues au par. 276(2) du *Code criminel*. L'accusé a toutefois été autorisé à contre-interroger la plaignante sur son affirmation selon laquelle elle était vierge au moment de l'agression.

[6] Je conclus que la juge saisie de la demande a commis une erreur. Le contre-interrogatoire visait à établir que la grossesse avait été causée par une activité sexuelle autre que l'agression alléguée. La preuve présentée par le ministère public faisait état d'un acte sexuel en particulier, à savoir une activité capable de causer la grossesse dans un intervalle de temps déterminé. La demande de l'accusé satisfaisait à la condition relative aux « cas particuliers » visés au par. 276(2), parce qu'elle était suffisamment détaillée pour permettre à la juge d'appliquer le régime.

[7] Le ministère public entendait manifestement s'appuyer sur la preuve de la grossesse pour établir l'*actus reus*. La présomption d'innocence exige que l'accusé soit autorisé à vérifier la fiabilité de cet élément de preuve matérielle corroborante si cruciale, avant que l'on puisse s'y fier pour étayer une conclusion de culpabilité. Puisque l'accusé a nié avoir eu quelque contact sexuel que ce soit avec la plaignante, et en l'absence de toute autre preuve de paternité, la possibilité de contre-interroger la plaignante était un élément fondamental de son droit de présenter une défense pleine et entière.

[8] Néanmoins, permettre à un accusé d'interroger une plaignante sur de tels sujets comporte des risques qui soulèvent des préoccupations relatives tant à la dignité qu'à la vie privée. Les juges doivent exercer un contrôle serré de tels contre-interrogatoires pour minimiser ces risques. Le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière doit être mis en balance avec les autres intérêts protégés par le par. 276(3). En l'espèce, la mise en balance de ces intérêts aurait exigé que tout contre-interrogatoire soit de portée restreinte.

[9] Cela dit, j'estime qu'il n'y a eu aucune erreur judiciaire en l'espèce. Le contre-interrogatoire qui a été autorisé et qui a effectivement eu lieu a permis à la défense de vérifier la preuve avec suffisamment de rigueur. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

## II. Background

[10] The accused and the complainant are cousins. During the Canada Day weekend of 2013, they went camping with several members of their extended families. At the time, R.V. was 20 years old and the complainant was 15. The complainant testified that R.V. sexually assaulted her in the early morning hours of July 1st.

[11] The complainant testified that on the families' last night together, she played cards and hung out with her cousins. The parents in the group went to bed around 2:00 a.m. while the complainant stayed awake with several of her cousins. She said that around 4:00 a.m., R.V. suggested the cousins go to the beach for a swim. After briefly venturing into the lake, the cousins headed back to their campsites. R.V. borrowed the complainant's phone to use as a flashlight on the walk back.

[12] The complainant explained that she returned to her tent, realized R.V. still had her phone and went to his tent to retrieve it. Upon her arrival at his tent, R.V. told the complainant he needed to speak to her in private. He took her by the wrist and led her into a men's washroom near the beach.

[13] Once inside the washroom, the complainant said R.V. tried to kiss her and remove her shirt, which she resisted. Then he told her to lay down on the floor. She complied out of fear and he pulled down her pants and underwear as well as his own. R.V. then placed himself on top of her. She believes he tried to penetrate her vagina with his penis but her memory of this moment is blank. Her next memory is of R.V. asking her if she heard one of the cousins calling for her. After warning the complainant not to tell anyone what had happened, R.V. got up, put his clothes on and left. After he left, the complainant went to the women's washroom to clean up. She said the area outside her vagina felt wet and sticky and she felt disgusted. She then returned to her tent and fell asleep.

## II. Contexte

[10] L'accusé et la plaignante sont cousins. Pendant la fin de semaine de la fête du Canada de 2013, ils sont allés faire du camping avec plusieurs membres de leur famille élargie. À l'époque, R.V. était âgé de 20 ans et la plaignante avait 15 ans. Dans son témoignage, cette dernière a affirmé que R.V. l'avait agressée sexuellement au petit matin du 1<sup>er</sup> juillet.

[11] Selon le témoignage de la plaignante, au cours de la dernière soirée que les familles ont passée ensemble, elle jouait aux cartes en compagnie de ses cousins. Les parents du groupe sont allés se coucher vers 2 h, tandis que la plaignante a continué à veiller avec plusieurs de ses cousins. Elle a affirmé que, vers 4 h, R.V. a proposé que les cousins aillent à la plage se baigner. Après une courte baignade dans le lac, les cousins sont rentrés à leurs emplacements de camping. R.V. a emprunté le téléphone de la plaignante afin de s'en servir comme lampe de poche pour le retour à pied.

[12] La plaignante a expliqué que lorsqu'elle a regagné sa tente, elle s'est rendu compte que R.V. avait encore son téléphone et elle s'est rendue à la tente de ce dernier pour le récupérer. Arrivée à la tente de R.V., celui-ci lui a dit qu'il avait besoin de lui parler en privé. Il l'a prise par le poignet et l'a amenée dans les toilettes des hommes près de la plage.

[13] La plaignante a affirmé que lorsqu'ils se sont trouvés à l'intérieur des toilettes, R.V. a tenté de l'embrasser et de lui retirer sa chemise, mais qu'elle a résisté. Il lui a alors dit de se coucher par terre. Elle a obtempéré par peur et il a baissé son pantalon et son sous-vêtement ainsi que les siens. R.V. s'est ensuite placé au-dessus d'elle. Elle croit qu'il a tenté de pénétrer son vagin avec son pénis, mais elle n'a aucun souvenir de ce moment. La chose suivante dont elle se souvient c'est que R.V. lui a demandé si elle avait entendu un des cousins l'interpeller. Après avoir averti la plaignante de ne dire à personne ce qui s'était passé, R.V. s'est levé, il s'est rhabillé et il est parti. Après son départ, la plaignante s'est rendue aux toilettes des femmes pour se laver. Elle a dit que la région à l'extérieur de son vagin était mouillée et collante au toucher et qu'elle se sentait dégoûtée. Elle est ensuite retournée à sa tente et s'est endormie.

[14] R.V. denied the allegations and the complainant's account of the evening. He acknowledged being around the bonfire with the family. But, he stated, he went to bed at around the same time as the parents and had no further interaction with the complainant that evening.

[15] Initially, the complainant did not tell anyone about the assault. In late August, she went to see a doctor, complaining of abdominal pain and nausea. When asked, she denied being sexually active. A urine test taken during a physical exam on August 29th subsequently confirmed that she was pregnant. Based on an ultrasound performed on September 18th, the doctor estimated that conception had occurred at the end of June or the beginning of July.

[16] The doctor asked the complainant whether she had any interactions capable of causing pregnancy around the date of conception. During this discussion, the complainant told the doctor about the incident with R.V. Because the complainant was underage, later that day the doctor relayed this information to the Children's Aid Society, which in turn contacted the police.

[17] After consulting with her doctor again on September 19th, the complainant terminated the pregnancy on September 21st. The clinic disposed of the fetal remains that day, making a DNA paternity test impossible. The police contacted the complainant the following week and took a statement from her on September 24th. The complainant told the police (and testified at trial) that she was a virgin at the time of the assault. The police charged R.V. with sexual assault and sexual interference.

A. *The Voir Dire: Baker J.*

[18] In light of the medical evidence about the date of conception, the Crown tendered evidence of the pregnancy to support the complainant's testimony that the alleged assault was the cause. During pre-trial proceedings, R.V. applied to question the complainant "about her prior sexual activity, with the [accused], or any other individual, that may have

[14] R.V. a nié les allégations de la plaignante et le récit qu'elle a fait de la soirée. Il a reconnu s'être trouvé autour du feu de camp avec la famille. Toutefois, selon ses dires, il s'est couché à peu près en même temps que les parents et n'a plus eu de contact avec la plaignante ce soir-là.

[15] Initialement, la plaignante n'a parlé de l'agression à personne. À la fin d'août, elle a consulté une médecin, se plaignant de douleurs abdominales et de nausées. Lorsqu'on lui a posé la question, elle a nié être sexuellement active. Une analyse d'urine effectuée pendant un examen physique le 29 août a confirmé par la suite qu'elle était enceinte. S'appuyant sur une échographie effectuée le 18 septembre, la médecin a estimé que la conception avait eu lieu à la fin de juin ou au début de juillet.

[16] La médecin a demandé à la plaignante si elle avait eu des relations capables de causer la grossesse vers la date de la conception. Au cours de cette discussion, la plaignante a parlé à la médecin de l'incident avec R.V. Parce que la plaignante était mineure, plus tard le jour même, la médecin a transmis ces renseignements à la Société d'aide à l'enfance qui a, à son tour, communiqué avec la police.

[17] Après avoir consulté sa médecin de nouveau le 19 septembre, la plaignante a mis fin à la grossesse le 21 septembre. La clinique a éliminé les restes fœtaux le jour même, rendant impossible un test génétique de paternité. La police a communiqué avec la plaignante la semaine suivante et a recueilli une déclaration de sa part le 24 septembre. La plaignante a dit à la police (et dans son témoignage au procès) qu'elle était vierge au moment de l'agression. La police a accusé R.V. d'agression sexuelle et de contacts sexuels.

A. *Le voir-dire : la juge Baker*

[18] Vu la preuve médicale relative à la date de conception, le ministère public a présenté une preuve de la grossesse pour étayer le témoignage de la plaignante comme quoi l'agression alléguée en avait été la cause. Lors des procédures préalables au procès, R.V. a demandé d'interroger la plaignante [TRANSDUCTION] « au sujet de son comportement sexuel

occurred between June 1st and July 1st, 2013” (A.R., vol. II, at p. 3). Because the Crown intended to rely on the complainant’s pregnancy as evidence of sexual contact with the accused, R.V. argued his right to make full answer and defence entitled him to inquire into “whether any other individual could have impregnated the complainant” (A.R., vol. II, at p. 4).

[19] Baker J. dismissed the s. 276 application. In her view, R.V. had failed to point to specific instances of sexual activity. Instead, she found, the request was “more in the nature of a fishing expedition” (A.R., vol. I, at p. 15).

[20] The application judge also observed that other means could be used to challenge the inference that R.V. caused the complainant’s pregnancy. First, the gestational age of the fetus might not align with the date of the alleged offence. She based this conclusion on the *voir dire* submissions of R.V.’s counsel, who suggested the date of conception was approximately June 14th, 17 days prior to the assault.

[21] Second, R.V. could question the complainant on her understanding of the term “virgin” and the truthfulness of her statement that she was a virgin at the time of the alleged offence. The application judge held that questions regarding virginity do not fall within s. 276. However, R.V.’s right to ask these limited questions did not “give the defence carte blanche to cross-examine the complainant on any sexual activity she may have undertaken in the month immediately preceding the alleged offence” (A.R., vol. I, at p. 15).

[22] The application judge accepted that R.V. was not intending to rely on the cross-examination evidence to further the twin myths. Nevertheless, the complainant’s personal dignity and right of privacy outweighed the “highly uncertain probative value of the proposed evidence” (A.R., vol. I, at p. 16).

antérieur, avec [l’accusé], ou toute autre personne, qui aurait pu se produire entre le 1<sup>er</sup> juin et le 1<sup>er</sup> juillet 2013 » (d.a., vol. II, p. 3). Parce que le ministère public entendait s’appuyer sur la grossesse de la plaignante comme preuve d’un contact sexuel avec l’accusé, R.V. a plaidé que son droit de présenter une défense pleine et entière lui donnait le droit de s’enquérir sur « la question de savoir si quelqu’un d’autre avait pu mettre la plaignante enceinte » (d.a., vol. II, p. 4).

[19] La juge Baker a rejeté la demande fondée sur l’art. 276. À son avis, R.V. n’avait pas fait état de cas particuliers d’activité sexuelle. La juge a plutôt conclu que la demande [TRADUCTION] « s’apparentait davantage à une recherche à l’aveuglette » (d.a., vol. I, p. 15).

[20] La juge saisie de la demande a également fait observer qu’il existait d’autres moyens de contester l’inférence selon laquelle R.V. avait causé la grossesse de la plaignante. Premièrement, il est possible que l’âge fœtal ne cadre pas avec la date de l’infraction alléguée. La juge en est arrivée à cette conclusion en se fondant sur les observations de l’avocat de R.V. qui a affirmé, lors du voir-dire, que la conception avait eu lieu vers le 14 juin, soit 17 jours avant l’agression.

[21] Deuxièmement, R.V. pouvait interroger la plaignante sur le sens qu’elle donnait au mot « vierge » et sur la véracité de sa déclaration selon laquelle elle était vierge au moment de l’agression alléguée. La juge saisie de la demande a statué que les questions sur la virginité ne sont pas visées par l’art. 276. Toutefois, le droit de R.V. de poser ces seules questions [TRADUCTION] « ne donn[ait] pas à la défense carte blanche pour contre-interroger la plaignante sur toute activité sexuelle qu’elle pouvait avoir eu au cours du mois qui a précédé l’infraction alléguée » (d.a., vol. I, p. 15).

[22] La juge saisie de la demande a accepté que R.V. n’entendait pas s’appuyer sur le témoignage obtenu en contre-interrogatoire pour étayer les deux mythes. Néanmoins, selon elle, la dignité de la plaignante et son droit à la vie privée l’emportaient sur [TRADUCTION] « la valeur probante fort incertaine du témoignage proposé » (d.a., vol. I, p. 16).

**B. *The Trial: Gee J.***

[23] After the *voir dire* and prior to trial, the application judge invoked s. 669.2 of the *Criminal Code* and the trial continued before another judge. At the outset of the trial, Gee J. declined R.V.'s request to re-litigate the s. 276 application. He held that where a trial is continued by another judge, s. 669.2 does not provide for the re-consideration of pre-trial motions decided by the previous judge. In any event, he concluded there was no reason to re-hear the application because no change of circumstances had occurred.

[24] The complainant, the complainant's doctor and the accused testified at trial. During the doctor's testimony, it became clear that defence counsel's calculation of the conception date at the *voir dire* was wrong.<sup>1</sup> Based on the ultrasound, conception would have occurred between June 21st and July 5th, 2013.

[25] The trial judge rejected R.V.'s account of the night in question. In assessing R.V.'s credibility, he considered inconsistencies in R.V.'s trial testimony and interview with the police, as well as his admission that he had lied during both. The trial judge ultimately concluded that R.V. was not a credible witness and did not accept his evidence.

[26] In contrast, the trial judge found the complainant to be "a very compelling witness" (A.R., vol. I, at p. 46) whose account was detailed and precise. He accepted her testimony that prior to July 1st she had never had intercourse. He also concluded that her pregnancy was "compelling evidence supportive . . . of her allegations" (A.R., vol. I, at p. 47).

<sup>1</sup> The September 18th ultrasound indicated that the complainant had been pregnant for 13 weeks, 5 days. At the *voir dire*, this was used to advance a conception date of June 14th. However, the doctor explained that this estimate referred not to the date of conception but to the first day of the last menstrual period, with conception occurring roughly 14 days later, plus or minus 5 to 7 days.

**B. *Le procès : le juge Gee***

[23] Après le *voir-dire* et avant le procès, la juge saisie de la demande a invoqué l'art. 669.2 du *Code criminel* et le procès s'est poursuivi devant un autre juge. À l'ouverture du procès, le juge Gee a rejeté la demande de R.V. de réexaminer la demande fondée sur l'art. 276. Le juge a statué que lorsqu'un procès se poursuit devant un autre juge, l'art. 669.2 ne prévoit pas le réexamen des requêtes préalables au procès tranchées par le juge précédent. Quoi qu'il en soit, il a conclu qu'il n'y avait aucune raison de réexaminer la demande, puisque les circonstances n'avaient pas changé.

[24] La plaignante, sa médecin et l'accusé ont témoigné au procès. Pendant le témoignage de la médecin, il est devenu apparent que, lors du *voir-dire*, l'avocat de la défense s'était trompé dans son calcul de la date de conception<sup>2</sup>. D'après l'échographie, la conception se serait produite entre le 21 juin et le 5 juillet 2013.

[25] Le juge du procès a rejeté le récit de R.V. de la nuit en question. Dans son évaluation de la crédibilité de l'accusé, le juge a pris en compte les incohérences dans son témoignage au procès et dans son entrevue avec la police, ainsi que son aveu comme quoi il avait menti à ces deux occasions. Le juge du procès a fini par conclure que R.V. n'était pas un témoin crédible et il n'a pas retenu son témoignage.

[26] En revanche, le juge du procès a conclu que la plaignante était [TRADUCTION] « un témoin très convaincant » (d.a., vol. I, p. 46) dont le récit était détaillé et précis. Il a retenu son témoignage selon lequel elle n'avait jamais eu de rapports sexuels avant le 1<sup>er</sup> juillet. Il a également conclu que sa grossesse était « une preuve convaincante [. . .] qui appuyait ses allégations » (d.a., vol. I, p. 47).

<sup>2</sup> L'échographie du 18 septembre indiquait que la plaignante était enceinte depuis 13 semaines et 5 jours. Lors du *voir-dire*, cette chronologie a été invoquée pour avancer une date de conception correspondant au 14 juin. Or, la médecin a expliqué que cette estimation ne renvoyait pas à la date de conception, mais au premier jour des dernières règles, la conception s'étant produite environ 14 jours plus tard, plus ou moins 5 à 7 jours.

[27] R.V. was convicted of sexual interference and received a four-year custodial sentence.

*C. The Court of Appeal: MacFarland, Watt and Paciocco JJA.*

[28] Writing for the Court of Appeal for Ontario, Paciocco J.A. allowed the appeal and ordered a new trial. He held that it was patently unfair for the Crown to rely on the pregnancy as confirming the complainant's story while preventing the accused from challenging this inference. While the request to cross-examine the complainant about her sexual activity "that may have occurred between June 1st and July 1st, 2013" was "extravagant", the accused should still have had the opportunity to ask relevant questions: 2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696, at paras. 27 and 29-30.

[29] Paciocco J.A. held that s. 276(2) requires the accused to adequately identify targeted evidence and proposed lines of questioning so as to permit the application judge to perform the balancing required by s. 276. Here, the probative value of the cross-examination was clear — it had the potential to neutralize the Crown's reliance on the pregnancy. Uncertainty about whether a line of questioning will succeed does not eliminate its potential probative value. Thus, the application judge erred in requiring an evidentiary foundation for the proposed cross-examination.

[30] Paciocco J.A. also concluded that the application judge had erred in characterizing the requested cross-examination as a "fishing expedition". In his view, the proposed questioning was "responsive to an important plank in the Crown's case", and the alternative methods of challenging the complainant's claim of virginity did not adequately protect the accused's right to a fair trial: paras. 69-84.

[31] According to the Court of Appeal, the impact of the application judge's errors was compounded by the trial judge's incorrect conclusion that he was

[27] R.V. a été déclaré coupable de contacts sexuels et il a été condamné à une peine d'emprisonnement de quatre ans.

*C. La Cour d'appel : les juges MacFarland, Watt et Paciocco*

[28] Sous la plume du juge Paciocco, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Elle a statué qu'il était manifestement injuste que le ministère public s'appuie sur la grossesse pour confirmer le récit de la plaignante tout en empêchant l'accusé de contester cette inférence. Même si la demande en vue de contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel [TRADUCTION] « qui aurait pu se produire entre le 1<sup>er</sup> juin et le 1<sup>er</sup> juillet 2013 » était « extravagante », l'accusé aurait quand même dû avoir l'occasion de poser des questions pertinentes : 2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696, par. 27 et 29-30.

[29] Le juge Paciocco a statué que le par. 276(2) oblige l'accusé à identifier avec précision des éléments de preuve ciblés et les séries de questions proposées afin que le juge saisi de la demande puisse faire la mise en balance prescrite par l'art. 276. En l'espèce, la valeur probante du contre-interrogatoire était évidente — celui-ci était susceptible de neutraliser le poids que le ministère public comptait accorder à la grossesse. L'incertitude quant au succès d'une série de questions n'élimine pas sa valeur probante éventuelle. Par conséquent, la juge saisie de la demande avait eu tort d'exiger une preuve au soutien du contre-interrogatoire proposé.

[30] Le juge Paciocco a conclu en outre que la juge saisie de la demande avait commis une erreur en qualifiant de « recherche à l'aveuglette » le contre-interrogatoire demandé. À son avis, l'interrogatoire proposé [TRADUCTION] « visait une assise importante de la preuve du ministère public », et les autres méthodes pour contester l'affirmation de virginité de la plaignante ne protégeaient pas adéquatement le droit de l'accusé à un procès équitable : par. 69-84.

[31] Selon la Cour d'appel, l'effet des erreurs commises par la juge saisie de la demande a été aggravé par la conclusion erronée du juge du procès selon

bound by the initial s. 276 ruling. A new trial was therefore warranted because the trial judge's refusal to reconsider the application effectively prevented future meritorious applications from being considered.

### III. Analysis

[32] The question in this case is how s. 276 operates when the accused seeks to cross-examine the complainant to challenge sexual history evidence led by the Crown. Section 276 requires that the accused's right to make full answer and defence be balanced with the dangers that cross-examination may pose to the complainant's privacy and dignity and to the integrity of the trial process. This analysis applies with equal force regardless of whether the accused seeks to introduce evidence to establish a defence or to challenge inferences urged by the Crown.

#### A. *Challenging the Crown's Evidence Within the Limits of Section 276*

[33] Testifying in a sexual assault case can be traumatizing and harmful to complainants: see E. Craig, *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (2018), at pp. 4 et seq. Questions about a complainant's sexual history are often irrelevant, serving no purpose other than supporting the "twin myths" — that a complainant's past sexual acts make her less worthy of belief or more likely to have consented to the sexual activity in question. Historically, wide-ranging and intrusive inquiries into the complainant's sexual history were used to distort the trial process and essentially put the *complainant* on trial: see *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, at para. 33.

[34] In an effort to abolish "outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence", Parliament, in 1982, enacted a blanket ban on all evidence of a complainant's prior sexual activity, subject to three limited exceptions: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577,

laquelle il était lié par la décision initiale fondée sur l'art. 276. Un nouveau procès était donc justifié parce que le refus du juge du procès de réexaminer la demande avait, dans les faits, empêché l'examen d'éventuelles demandes bien fondées.

### III. Analyse

[32] En l'espèce, la question en litige est celle de savoir comment s'applique l'art. 276 lorsque l'accusé cherche à contre-interroger la plaignante pour contester une preuve de comportement sexuel antérieur présentée par le ministère public. L'article 276 exige que le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière soit mis en balance avec les risques d'atteinte que le contre-interrogatoire puisse poser à la vie privée et à la dignité de la plaignante ainsi qu'à l'intégrité du processus judiciaire. Cette analyse s'applique tout autant lorsque l'accusé cherche à introduire un élément de preuve pour établir un moyen de défense que lorsqu'il conteste des inférences mises de l'avant par le ministère public.

#### A. *Contester la preuve du ministère public en respectant les limites de l'art. 276*

[33] Témoigner dans une affaire d'agression sexuelle peut être traumatisant et nocif pour les plaignantes : voir E. Craig, *Putting Trials on Trial : Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (2018), p. 4 et suiv. Les questions portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante sont souvent dénuées de pertinence, n'ayant aucun autre but que d'étayer les « deux mythes », à savoir que les actes sexuels antérieurs de la plaignante la rendent moins digne de foi ou plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en cause. Historiquement, on se servait de questions générales et indiscrettes sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante pour dénaturer le procès et, en fin de compte, en faire subir un à *la plaignante* : voir *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 33.

[34] Dans le but de mettre fin à « l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel », le législateur fédéral a édicté, en 1982, une interdiction générale de toute preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante, sous

at p. 625. One exception covered evidence “that rebuts evidence of the complainant’s sexual activity or absence thereof that was previously adduced by the prosecution”: *An Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 246.6(1)(a) (later s. 276(1)(a)). In *Seaboyer*, the Court struck down the 1982 provision as unconstitutional because it was too restrictive — it had the potential to exclude relevant evidence crucial to a fair trial: *Seaboyer*, at p. 625. The Court emphasized that the relevance of all evidence, including sexual history evidence, must be assessed on a case-by-case basis: p. 609.

[35] In response, Parliament amended s. 276, codifying the guidelines outlined in *Seaboyer: R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at para. 20. The modern version of s. 276<sup>2</sup> seeks to preserve the integrity of the administration of justice, and the trial, by striking a balance between the rights of the accused and those of the complainant:

**276 (1)** In proceedings in respect of [various sexual offences], evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

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

(b) is less worthy of belief.

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the

<sup>2</sup> On December 13, 2018, Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., received royal assent. This Act makes minor amendments to clarify the application of s. 276. Although they do not apply to this case, they are not inconsistent with the analysis set out here.

réserve de trois exceptions limitées : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 625. Une de ces exceptions visait la preuve « qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l’absence de comportement sexuel du plaignant » : *Loi modifiant le Code criminel en matière d’infractions sexuelles et d’autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, L.C. 1980-81-82-83, c. 125, al. 246.6(1)a (devenu l’al. 276(1)a)). Dans l’arrêt *Seaboyer*, la Cour a invalidé la disposition de 1982 comme étant inconstitutionnelle parce que trop restrictive — elle pouvait entraîner l’exclusion d’éléments de preuve pertinents, essentiels à un procès équitable : *Seaboyer*, p. 625. La Cour a souligné que la pertinence de toute preuve, y compris la preuve du comportement sexuel antérieur, doit être évaluée selon chaque cas : p. 609.

[35] Pour donner suite à l’arrêt *Seaboyer*, le législateur a modifié l’art. 276, codifiant les lignes directrices formulées dans cet arrêt : *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 20. La version moderne de l’art. 276<sup>3</sup> vise à protéger l’intégrité de l’administration de la justice, et du procès, en établissant un juste équilibre entre les droits de l’accusé et ceux de la plaignante :

**276 (1)** Dans les poursuites pour [diverses infractions sexuelles], la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l’accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu’il est

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

b) soit moins digne de foi.

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l’accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l’origine de l’accusation sauf si le juge, le juge de la

<sup>3</sup> Le 13 décembre 2018, le projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1<sup>re</sup> sess., 42<sup>e</sup> lég., a reçu la sanction royale. Cette loi apporte des modifications mineures pour clarifier l’application de l’art. 276. Bien qu’elles ne s’appliquent pas en l’espèce, elles ne sont pas incompatibles avec l’analyse énoncée dans les présents motifs.

subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

(a) is of specific instances of sexual activity;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[36] Before evidence of a complainant's sexual history may be introduced under s. 276(2), the court must carefully scrutinize the potential evidence. First, the accused must set out in writing the "detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce"

cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

[36] Avant qu'une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante puisse être introduite en application du par. 276(2), le tribunal doit l'examiner de façon minutieuse. Premièrement, l'accusé doit énoncer par écrit « toutes précisions au sujet de la

and its relevance “to an issue at trial”: s. 276.1(2).<sup>3</sup> If the judge is persuaded that the evidence is “capable of being admissible under subsection 276(2)”, a *voir dire* is held: s. 276.1(4).<sup>4</sup> Evidence adduced to support the twin myths is categorically barred. And, even where it has some relevance for another purpose, evidence may still be excluded if admitting it would endanger the “proper administration of justice”: s. 276(2)(c).

[37] In many cases, when the accused applies to adduce evidence pursuant to s. 276, they have an evidentiary basis for known sexual activity (i.e., “detailed particulars” of “specific . . . sexual activity”). In this case, however, while R.V. maintained that other activity necessarily occurred because the complainant became pregnant, he had little knowledge of the particulars of that activity. He thus sought to adduce evidence of the other sexual activity by cross-examining the complainant.

[38] Individuals charged with criminal offences are presumed innocent until proven guilty. As a result, an accused has the right to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the prosecution’s evidence: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 663. “Full answer and defence” is a principle of fundamental justice, protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In *Seaboyer*, McLachlin J. explained, at p. 608:

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution.

...

<sup>3</sup> Now s. 278.93(2).

<sup>4</sup> Now s. 278.93(4).

preuve en cause » et le rapport de celle-ci « avec un élément de la cause » : par. 276.1(2)<sup>4</sup>. Si le juge est convaincu « des possibilités que la preuve en cause soit admissible [. . .] au titre du paragraphe 276(2) », un voir-dire est tenu : par. 276.1(4)<sup>5</sup>. Une preuve présentée pour étayer les deux mythes est catégoriquement interdite. Qui plus est, même si la preuve revêt une certaine pertinence pour une autre fin, elle peut néanmoins être exclue si le fait de l’admettre risque d’avoir un effet préjudiciable sur la « bonne administration de la justice » : al. 276(2)c).

[37] Dans bien des cas, lorsque l’accusé demande de présenter une preuve en application de l’art. 276, il possède une preuve au soutien d’une activité sexuelle connue (c.-à-d., « toutes précisions » au sujet de « cas particuliers d’activité sexuelle »). Toutefois, en l’espèce, même si R.V. soutenait qu’il y avait nécessairement eu un autre cas d’activité parce que la plaignante est tombée enceinte, il avait peu de connaissance des précisions au sujet de cette activité. Il a donc cherché à présenter la preuve d’autres cas d’activité sexuelle en contre-interrogeant la plaignante.

[38] Les personnes accusées d’infractions criminelles sont présumées innocentes jusqu’à ce que leur culpabilité soit établie. Par conséquent, tout accusé a le droit de présenter les éléments de preuve qui lui permettront d’établir un moyen de défense ou de contester la preuve de la poursuite : *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663. La « défense pleine et entière » est un principe de justice fondamentale, protégé par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l’arrêt *Seaboyer*, la juge McLachlin a expliqué ce qui suit, à la p. 608 :

Le droit de l’innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d’établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite.

...

<sup>4</sup> Maintenant le par. 278.93(2).

<sup>5</sup> Maintenant le par. 278.93(4).

In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. . . .

[39] Generally, a key element of the right to make full answer and defence is the right to cross-examine the Crown's witnesses without significant and unwarranted restraint: *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 1 and 41; *Osolin*, at pp. 664-65; *Seaboyer*, at p. 608. The right to cross-examine is protected by both ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In certain circumstances, cross-examination may be the only way to get at the truth. The fundamental importance of cross-examination is reflected in the general rule that counsel is permitted to ask any question for which they have a good faith basis — an independent evidentiary foundation is not required: *Lyttle*, at paras. 46-48.

[40] However, the right to cross-examine is not unlimited. As a general rule, cross-examination questions must be relevant and their prejudicial effect must not outweigh their probative value: *Lyttle*, at paras. 44-45. In sexual assault cases, s. 276 specifically restricts the defence's ability to ask questions about the complainant's sexual history. By virtue of s. 276(3), full answer and defence is only one of the factors to be considered by the trial judge; it must be balanced against the danger to the other interests protected by s. 276(3). These additional limits are necessary to protect the complainant's dignity, privacy and equality interests: *Osolin*, at p. 669; see also *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 61-68. They also aim to achieve important societal objectives, including encouraging the reporting of sexual assault offences: s. 276(3)(b).

[41] Thus, the fact that the accused's ability to make full answer and defence requires that the complainant be cross-examined is not the end of the analysis. The scope of the permissible questioning must also be balanced with the danger to the other interests protected by s. 276(3), including the dignity and privacy interests of the complainant.

Bref, la dénégarion du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégarion du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. . .

[39] Généralement, un élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière est le droit de contre-interroger les témoins à charge sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées : *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 1 et 41; *Osolin*, p. 664-665; *Seaboyer*, p. 608. Le droit de contre-interroger est protégé à la fois par l'art. 7 et par l'al. 11d) de la *Charte*. Dans certaines situations, il se peut que le contre-interrogatoire soit le seul moyen de découvrir la vérité. L'importance fondamentale du contre-interrogatoire est reflétée par la règle générale selon laquelle un procureur peut poser toute question, pourvu qu'il le fasse de bonne foi — l'existence d'une preuve indépendante au soutien de la question n'est pas nécessaire : *Lyttle*, par. 46-48.

[40] Cela dit, le droit de contre-interroger n'est pas illimité. En règle générale, les questions posées en contre-interrogatoire doivent être pertinentes et leur effet préjudiciable ne doit pas excéder leur valeur probante : *Lyttle*, par. 44-45. Dans les affaires d'agression sexuelle, l'art. 276 restreint expressément la possibilité que la défense pose des questions sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Suivant le paragraphe 276(3), le droit à une défense pleine et entière n'est qu'un des facteurs que le juge du procès doit prendre en considération; en effet, ce facteur doit être mis en balance avec le risque de porter atteinte aux autres droits protégés au par. 276(3). Ces restrictions additionnelles sont nécessaires pour protéger les droits à la dignité, à la vie privée et à l'égalité des plaignantes : *Osolin*, p. 669; voir aussi *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61-68. Elles visent aussi la réalisation d'importants objectifs sociétaux soit, par exemple, celui d'encourager la dénonciation des agressions sexuelles : al. 276(3)b).

[41] Ainsi, le fait que l'accusé doit pouvoir contre-interroger la plaignante afin de présenter une défense pleine et entière ne clôt pas l'analyse. La portée de ce qu'il est permis de poser comme questions doit en outre être mise en balance avec le risque d'atteinte aux autres droits que protège le par. 276(3), notamment les droits à la dignité et à la vie privée de la plaignante.

[42] Here, the Crown introduced evidence of the complainant's pregnancy and virginity to corroborate her testimony that the assault occurred. In his s. 276 application, R.V. sought to challenge that inference by questioning the complainant about her sexual activity from June 1st to July 1st, 2013 in order to determine "whether any other individual could have impregnated the complainant" (A.R., vol. II, at pp. 3-4).

[43] When the accused seeks to inquire into the complainant's sexual history, the three subsections of s. 276 work together to achieve the provision's objectives.

[44] Section 276(1) sets out an absolute bar against introducing evidence for the purpose of drawing twin-myth inferences. Here, R.V.'s request to challenge the inference that the pregnancy resulted from the alleged assault did not engage the twin myths. As such, the application judge correctly concluded that the cross-examination was not barred by s. 276(1).

[45] If, as in this case, evidence that the complainant has engaged in sexual activity is to be adduced for another purpose, it is presumptively inadmissible unless the accused satisfies s. 276(2)(a) and (b) by identifying specific instances of sexual activity, relevant to an issue at trial. Where the accused applies to cross-examine the complainant about her sexual history to challenge Crown-led evidence, the analysis will often turn on the balancing exercise mandated by s. 276(2)(c). This third step involves weighing the factors set out in s. 276(3) to determine whether the probative value of the cross-examination is significant enough to substantially outweigh the dangers of prejudice to the proper administration of justice. This provision requires judges to determine the permissible scope of cross-examination in light of the competing rights of the accused and the complainant and the other interests set out in s. 276(3). Where the right to full answer and defence requires some cross-examination, judges should tailor their rulings to best safeguard the other interests protected by s. 276(3).

[42] En l'espèce, le ministère public a introduit une preuve de la grossesse et de la virginité de la plaignante pour corroborer son témoignage selon lequel l'agression avait eu lieu. Dans sa demande fondée sur l'art. 276, R.V. a exprimé vouloir contester cette inférence en interrogeant la plaignante sur son activité sexuelle du 1<sup>er</sup> juin au 1<sup>er</sup> juillet 2013 pour déterminer [TRADUCTION] « si quelqu'un d'autre aurait pu mettre la plaignante enceinte » (d.a., vol. II, p. 3-4).

[43] Lorsque l'accusé veut s'enquérir du comportement sexuel antérieur de la plaignante, les trois paragraphes de l'art. 276 s'appliquent ensemble pour permettre la réalisation des objectifs de la disposition.

[44] Le paragraphe 276(1) interdit de façon absolue la présentation d'une preuve dans le but de tirer des inférences fondées sur les deux mythes. En l'espèce, la demande de R.V. en vue de contester l'inférence selon laquelle la grossesse résultait de l'agression alléguée ne faisait pas intervenir les deux mythes. La juge saisie de la demande a donc conclu à bon droit que le par. 276(1) n'interdisait pas le contre-interrogatoire.

[45] Si, comme en l'espèce, la preuve de ce que la plaignante a eu une activité sexuelle doit être présentée dans un autre but, cette preuve est présumée inadmissible, sauf si l'accusé satisfait aux al. 276(2)a) et b) en identifiant des cas particuliers d'activité sexuelle qui sont en rapport avec un élément de la cause. Lorsque l'accusé demande à contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur pour contester des éléments de preuve présentés par le ministère public, l'analyse tient souvent en la mise en balance prescrite par l'al. 276(2)c). Cette troisième étape consiste à sopeser les facteurs énoncés au par. 276(3) pour déterminer si la valeur probante du contre-interrogatoire est suffisamment importante pour l'emporter sensiblement sur les risques d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice. Selon cette disposition, le juge doit déterminer la portée admissible du contre-interrogatoire à la lumière des droits concurrents de l'accusé et de la plaignante ainsi que des autres droits énoncés au par. 276(3). Lorsque le droit à une défense pleine et entière exige un certain contre-interrogatoire, le juge doit façonner sa décision pour sauvegarder du mieux qu'il le peut les autres droits que protège le par. 276(3).

[46] I now turn to the application of s. 276(2) to the facts of the case.

- (1) Section 276(2)(a): “Specific Instances of Sexual Activity”

[47] Broad exploratory questioning is never permitted under s. 276. Open-ended cross-examination concerning a complainant’s sexual history clearly raises the spectre of the impermissible uses of evidence that the provision was intended to eliminate. Section 276(2)(a) requires the accused to identify “specific instances of sexual activity” to avoid unnecessary incursions into the sexual life of the complainant.

[48] That said, the words “specific instances of sexual activity” must be read purposively and contextually. They limit admissible evidence to discrete sexual acts, and protect against the misuse of general reputation evidence to discredit the complainant and distort the trial process: see *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, at paras. 79-80. The “specific instances” requirement is buttressed by the procedural aspects of a s. 276 application, which require the accused to set out “detailed particulars” of the evidence to be adduced: s. 276.1(2). By requiring “detailed particulars”, the *Criminal Code* ensures that judges are equipped to meaningfully engage with the s. 276 analysis and that defence evidence does not take the Crown or complainant by surprise: *Darrach*, at para. 55; *Goldfinch*, at para. 51; see also *L.S.*, at paras. 82-85.

[49] Section 276(2)(a) does not always require an accused to come before the court armed with names, dates and locations. As counsel for the intervener Criminal Lawyers’ Association of Ontario pointed out, requiring such details may, in some cases, be unduly intrusive, defeating one of the provision’s most important objectives. Rather, as Doherty J.A. observed in *L.S.* and this Court affirmed in *Goldfinch*, the degree of specificity required depends on the circumstances of the case, the nature of the sexual activity that the accused seeks to adduce and the

[46] Je passe maintenant à l’application du par. 276(2) aux faits de l’espèce.

- (1) L’alinéa 276(2)a) : « cas particuliers d’activité sexuelle »

[47] Suivant l’article 276, il n’est jamais permis de se livrer à un interrogatoire exploratoire tous azimuts. Un contre-interrogatoire sans restriction sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante évoque manifestement le spectre que posent les utilisations inadmissibles de la preuve que la disposition vise à éliminer. L’alinéa 276(2)a) oblige donc l’accusé à identifier des « cas particuliers d’activité sexuelle » pour éviter les incursions inutiles dans la vie sexuelle de la plaignante.

[48] Cela dit, les mots « cas particuliers d’activité sexuelle » doivent être interprétés de manière téléologique et contextuelle. Ils limitent la preuve admissible à des actes sexuels distincts, et protègent contre la mauvaise utilisation d’une preuve générale de réputation visant à discréditer la plaignante et à dénaturer le procès : voir *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, par. 79-80. L’exigence des « cas particuliers » est renforcée par les aspects procéduraux d’une demande fondée sur l’art. 276, qui oblige l’accusé à énoncer « toutes précisions au sujet de la preuve en cause » : par. 276.1(2). En exigeant « toutes précisions », le *Code criminel* fait en sorte que les juges sont bien outillés pour faire l’analyse qui s’impose en application de l’art. 276 et que la preuve de la défense ne prend pas le ministère public ou la plaignante par surprise : *Darrach*, par. 55; *Goldfinch*, par. 51; voir également *L.S.*, par. 82-85.

[49] L’alinéa 276(2)a) n’oblige pas toujours l’accusé à se présenter devant le tribunal muni de noms, de dates et de lieux. Comme l’a souligné la procureure de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario, il pourrait, dans certains cas, être indûment intrusif d’exiger de telles précisions, frustrant ainsi un des objectifs les plus importants de la disposition. Comme le juge Doherty de la Cour d’appel l’a noté dans *L.S.*, et comme la Cour l’a confirmé dans *Goldfinch*, le degré de précision requis dépend des circonstances de l’affaire, de la nature

use to be made of that evidence: *L.S.*, at para. 83; *Goldfinch*, at para. 53.

[50] Here, R.V. proposed to cross-examine the complainant about other sexual activity that could have caused her pregnancy, without knowing what her answers would be. Because his defence was a bare denial, he obviously sought to establish that the pregnancy was the result of *some other* activity. Is this enough to qualify as “detailed particulars” of “specific instances of sexual activity” in the circumstances of this case? Does it provide sufficient notice to the complainant and Crown and equip the judge to apply s. 276?

[51] The Crown argues that it does not. In its view, s. 276 requires the accused to identify “concrete particulars” and to provide an evidentiary basis in support of a s. 276 application. The Crown agreed with the application judge that R.V.’s request amounted to nothing more than a “fishing expedition” — precisely the kind of free-ranging cross-examination s. 276 aims to prevent.

[52] In my view, the application judge erred when she concluded that the accused failed to identify evidence of specific instances of sexual activity. As Paciocco J.A. rightly noted, this requirement must be interpreted purposively and the objectives of the requirement would have been satisfied here.

[53] R.V. sought to cross-examine the complainant on a specific instance of sexual activity — the activity that caused her pregnancy — evidence of which was introduced by the Crown. The pregnancy itself demonstrated only that sexual activity capable of impregnating the complainant took place around July 1st. The existence of such activity was not speculative. But the fact of pregnancy here did not reveal exactly when or *with whom* that sexual activity occurred. The proposed cross-examination

de l’activité sexuelle que l’accusé cherche à mettre en preuve et de l’utilisation qui sera faite de cette preuve : *L.S.*, par. 83; *Goldfinch*, par. 53.

[50] En l’espèce, R.V. se proposait de contre-interroger la plaignante sur une autre activité sexuelle qui aurait pu causer sa grossesse, sans connaître les réponses qu’elle donnerait. Parce que sa défense consistait en une simple dénégation, il cherchait évidemment à établir que la grossesse était le résultat d’une *autre* activité. Cette demande de contre-interrogatoire satisfait-elle à l’exigence de fournir « toutes précisions » au sujet de « cas particuliers d’activité sexuelle » dans les circonstances de l’espèce? Donne-t-elle un préavis suffisant à la plaignante et au ministère public et outille-t-elle le juge pour l’application de l’art. 276?

[51] Le ministère public répond que ce n’est pas le cas. À son avis, l’art. 276 oblige l’accusé à donner des [TRADUCTION] « précisions concrètes » et à fournir des éléments de preuve au soutien de la demande fondée sur l’art. 276. Le ministère public était d’accord avec la juge saisie de la demande pour dire que ce que demandait R.V. n’était en fait qu’une « recherche à l’aveuglette » — précisément le type de contre-interrogatoire tous azimuts que l’art. 276 vise à empêcher.

[52] À mon avis, la juge saisie de la demande a commis une erreur en concluant que l’accusé n’avait pas identifié d’éléments de preuve de cas particuliers d’activité sexuelle. Comme l’a fait observer à juste titre le juge Paciocco, cette exigence doit être interprétée de manière téléologique et il a été satisfait aux objectifs de l’exigence en l’espèce.

[53] R.V. a cherché à contre-interroger la plaignante sur un cas particulier d’activité sexuelle — l’activité qui a causé sa grossesse —, un élément de preuve qui a été introduit par le ministère public. Tout ce que la grossesse elle-même démontrait, c’est qu’une activité sexuelle capable de mettre la plaignante enceinte s’était produite vers le 1<sup>er</sup> juillet. L’existence d’une telle activité n’avait rien d’hypothétique. Toutefois, en l’espèce, le fait de la grossesse ne révélait pas exactement quand ou *avec qui* l’activité sexuelle

was directed at challenging the inference that R.V. caused the pregnancy.

[54] During oral arguments before this Court, Crown counsel submitted that a bare denial cannot satisfy the “specific instances” requirement. However, this submission turns the presumption of innocence on its head. The Crown’s assertion that the pregnancy arose from the sexual activity that formed the subject-matter of the charge cannot prevent the accused from leading evidence to suggest that the pregnancy was caused by someone else or by some other sexual act. The presumption of innocence requires that R.V. be allowed to challenge the Crown’s evidence that he committed a sexual assault. Of course, the trier of fact may ultimately reject the accused’s denial. But, as Paciocco J.A. emphasized, it would be unfair for the Crown to rely on the complainant’s testimony that the accused caused the pregnancy while at the same time preventing the accused from challenging the complainant’s account.

[55] Moreover, pregnancy is evidence of sexual activity that can be situated within a particular timeframe. R.V.’s s. 276 application set out a specific, albeit broad, timeframe of one month. At trial, the medical evidence established a rough two-week window during which conception would have occurred. In either case, the clearly identified time period, along with the specific nature of the activity — activity capable of causing pregnancy — was sufficiently specific to satisfy s. 276(2)(a).

(2) Section 276(2)(b): “Relevant to an Issue at Trial”

[56] The accused’s s. 276 application must also identify the relevance of the evidence to be adduced. As a matter of logic, evidence tendered to rebut Crown-led evidence implicating the accused will be relevant to the accused’s defence. As noted above, even in the 1982 iteration of s. 276, Parliament carved out an exception for evidence rebutting

avait eu lieu. Le contre-interrogatoire proposé visait à contester l’inférence selon laquelle R.V. avait causé la grossesse.

[54] Au cours de sa plaidoirie devant la Cour, la procureure du ministère public a prétendu qu’une simple dénégation ne saurait satisfaire l’exigence des « cas particuliers ». Or, cet argument renverse la présomption d’innocence. La thèse du ministère public selon laquelle la grossesse résultait de l’activité sexuelle qui faisait l’objet de l’accusation ne peut empêcher l’accusé de présenter une preuve qui laisse entendre que la grossesse a été causée par quelqu’un d’autre ou par un autre acte sexuel. La présomption d’innocence veut que R.V. soit autorisé à contester la preuve présentée par le ministère public selon laquelle il aurait commis une agression sexuelle. Bien entendu, le juge des faits peut en définitive rejeter la dénégation de l’accusé. Toutefois, comme l’a souligné le juge Paciocco, il serait injuste que le ministère public s’appuie sur le témoignage de la plaignante selon lequel l’accusé a causé la grossesse tout en empêchant l’accusé de contester le récit de la plaignante.

[55] Qui plus est, la grossesse est la preuve d’une activité sexuelle qui peut être située dans un intervalle de temps déterminé. La demande de R.V. fondée sur l’art. 276 faisait état d’un intervalle circonscrit, quoique large, d’un mois. Au procès, la preuve médicale a établi une fenêtre approximative de deux semaines pendant laquelle la conception se serait produite. Dans un cas comme dans l’autre, l’intervalle de temps clairement identifié ainsi que la nature précise de l’activité — une activité capable de causer la grossesse — étaient suffisamment précis pour qu’il soit satisfait à l’al. 276(2)(a).

(2) L’alinéa 276(2)(b) : « en rapport avec un élément de la cause »

[56] La demande de l’accusé fondée sur l’art. 276 doit en outre préciser la pertinence de la preuve qui sera présentée. En toute logique, une preuve présentée pour réfuter celle présentée par le ministère public et qui incrimine l’accusé sera pertinente pour sa défense. Rappelons que même dans la version de l’art. 276 promulguée en 1982, le législateur avait

Crown-led evidence of the complainant's sexual activity or absence thereof.

[57] In *Seaboyer*, McLachlin J. noted that the complainant's other sexual activity "may be relevant to explain the physical conditions on which the Crown relies to establish intercourse or the use of force, such as semen, pregnancy, injury or disease": p. 614. L'Heureux-Dubé J., writing in dissent, agreed that where the Crown contends that physical consequences such as pregnancy were caused by an assault, the defence may adduce sexual history evidence in rebuttal: p. 682.

[58] In this case, the Crown suggests that because the answers to R.V.'s questions were unknown, the relevance of those questions was speculative. I cannot accept this proposition. The relevance of the proposed questioning was clear. The Crown relied on the pregnancy as corroborating the complainant's account. Regardless of her answers, the complainant's testimony would be relevant. If she denied the existence of other sexual activity, this could strengthen the Crown's case. But if other sexual activity could have occurred during the relevant time period, the probative value of the pregnancy would be significantly reduced.

[59] Given the clear relevance of challenging Crown-led evidence, in cases like the present appeal, the outcome of the analysis will generally turn on balancing the probative value of the evidence with its potential prejudice to the complainant and the proper administration of justice.

(3) Section 276(2)(c): Balancing Competing Interests

[60] Even where proposed evidence is sufficiently specific and relevant, cross-examination about a complainant's sexual history is only allowed if the

établi une exception touchant la preuve réfutant celle présentée par le ministère public du comportement sexuel de la plaignante ou de l'absence d'un tel comportement.

[57] Dans l'arrêt *Seaboyer*, la juge McLachlin a affirmé que d'autres éléments de preuve relatifs au comportement sexuel de la plaignante « peuvent servir à expliquer les faits matériels sur lesquels le ministère public se fonde pour établir l'existence de rapports sexuels ou l'usage de la force, notamment le sperme, la grossesse, les blessures ou les maladies » : p. 614. La juge L'Heureux-Dubé, dissidente, était d'accord pour dire que lorsque le ministère public soutient que des conséquences physiques comme la grossesse ont été causées par une agression, la défense peut présenter une contre-preuve de comportement sexuel antérieur sur ce point : p. 682.

[58] En l'espèce, le ministère public prétend que parce que les réponses aux questions de R.V. étaient inconnues, la pertinence de ces questions était hypothétique. Je ne peux accepter cette proposition. La pertinence des questions proposées était évidente. Le ministère public s'appuyait sur la grossesse pour corroborer le récit de la plaignante. Indépendamment de ses réponses, le témoignage de la plaignante serait pertinent. Si elle niait l'existence d'une autre activité sexuelle, la preuve du ministère s'en trouverait renforcée. Toutefois, si une autre activité sexuelle avait pu se produire dans l'intervalle de temps pertinent, la valeur probante de la grossesse s'en trouverait considérablement réduite.

[59] Puisqu'il est manifestement pertinent de contester la preuve présentée par le ministère public, dans des cas comme celui qui nous occupe, le résultat de l'analyse dépendra généralement de la mise en balance de la valeur probante de la preuve et du risque d'effets préjudiciables pour la plaignante et pour la bonne administration de la justice.

(3) L'alinéa 276(2)c) : la mise en balance d'intérêts divergents

[60] Même lorsque la preuve proposée est suffisamment précise et pertinente, le contre-interrogatoire portant sur le comportement sexuel antérieur de la

proposed line of questioning has “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”: s. 276(2)(c). This balancing requires judges to pay careful attention to the factors listed in s. 276(3) in assessing the potential impact of the evidence on the accused, the complainant and the administration of justice.

[61] The application judge appears to have concluded that the s. 276(3) factors also militated against granting R.V.’s application. At the *voir dire*, defence counsel suggested that the evidence indicated that conception occurred mid-June. This in itself weakened the Crown’s inference that the pregnancy resulted from the July 1st assault. In addition, the application judge was of the view that R.V. could question the complainant about her claim of virginity without engaging s. 276. Accordingly, she held that the probative value of any further questions about the complainant’s sexual activity was highly uncertain. In her assessment, the complainant’s dignity and privacy interests outweighed the “speculative” probative value of the proposed questioning.

[62] While R.V. did not know the answers to the questions he sought to ask, I agree with Paciocco J.A. that “uncertainty of result does not deprive a line of questioning of its probative value”: para. 64. The application judge should not have considered the probability that R.V.’s questioning would be successful, but rather whether the answers would be probative. Because the answers had the potential to undermine or confirm important Crown evidence, their probative value was high. In my view, two factors related to the probative value of the evidence required that some form of cross-examination of the complainant be allowed:

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

...

plaignante n’est autorisé que si « le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice [des séries de questions proposées] ne l’emporte pas sensiblement sur [leur] valeur probante » : al. 276(2)c). Cette mise en balance oblige le juge à tenir soigneusement compte des facteurs énumérés au par. 276(3) dans l’évaluation de l’effet potentiel de la preuve sur l’accusé, sur la plaignante et sur l’administration de la justice.

[61] La juge saisie de la demande a apparemment conclu que les facteurs prévus au par. 276(3) militaient eux aussi contre la requête de R.V. Lors du *voir-dire*, le procureur de la défense a affirmé que, selon la preuve, la conception avait eu lieu à la mi-juin. Cette thèse affaiblissait par le fait même l’inférence du ministère public selon laquelle la grossesse avait résulté de l’agression du 1<sup>er</sup> juillet. Qui plus est, la juge saisie de la demande était d’avis que R.V. pouvait interroger la plaignante sur son affirmation de virginité sans faire entrer en jeu l’art. 276. En conséquence, elle a statué que la valeur probante de toute autre question portant sur le comportement sexuel de la plaignante était très incertaine. Elle estimait que les droits à la dignité et à la vie privée de la plaignante l’emportaient sur la valeur probante « hypothétique » des questions proposées.

[62] Même si R.V. ignorait les réponses aux questions qu’il voulait poser, je suis d’accord avec le juge Paciocco pour dire que [TRADUCTION] « l’incertitude du résultat ne prive pas une série de questions de sa pertinence » : par. 64. La juge saisie de la demande n’aurait pas dû examiner la probabilité que l’interrogatoire de R.V. porte fruit; elle aurait dû plutôt se demander si les réponses allaient être probantes. Parce que les réponses pouvaient éventuellement miner ou confirmer une preuve à charge importante, elles avaient une grande valeur probante. À mon avis, deux facteurs liés à la valeur probante de la preuve exigeaient qu’une forme quelconque de contre-interrogatoire de la plaignante soit autorisée :

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

...

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

[63] In *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, L'Heureux-Dubé J. wrote that “[s]ection 276 cannot be interpreted so as to deprive a person of a fair defence”: para. 11; see also *Darrach*, at para. 43; *Seaboyer*, at p. 616. Thus, in weighing how the accused may respond to Crown-led evidence, the judge must ensure the accused is not denied the right to make full answer and defence.

[64] Simply put, the more important evidence is to the defence, the more weight must be given to the rights of the accused. For example, the need to resort to questions about a complainant’s sexual history will be significantly reduced if the accused can advance a particular theory without referring to the complainant’s sexual history. But in other circumstances — where challenging the Crown’s evidence of the complainant’s sexual history directly implicates the accused’s ability to raise a reasonable doubt — cross-examination becomes fundamental to the accused’s ability to make full answer and defence and must be allowed in some form: *Mills*, at paras. 71 and 94.

[65] This is such a case. Here, there was no independent evidence of paternity. In light of R.V.’s denial, the only way he could challenge the inference urged by the Crown was by cross-examining the complainant with respect to other sexual activity. In these circumstances, the complainant’s privacy must yield to cross-examination in order to avoid convicting the innocent.

[66] In addition, where the accused’s defence involves challenging Crown-led evidence, cross-examination assists the trier of fact in arriving at a just determination: *Seaboyer*, at p. 609; see also S. Ozkin, “Balancing of Interests: Admissibility of Prior Sexual History under Section 276” (2011), 57

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

[63] Dans l’arrêt *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, la juge L’Heureux-Dubé a écrit que « [l]’article 276 ne peut être interprété de façon à priver une personne du droit à une défense équitable » : par. 11; voir aussi *Darrach*, par. 43; *Seaboyer*, p. 616. Par conséquent, en évaluant comment l’accusé peut répondre à une preuve présentée par le ministère public, le juge doit veiller à ce que l’accusé ne soit pas privé du droit de présenter une défense pleine et entière.

[64] En termes simples, plus la preuve est importante pour la défense, plus il faut donner de poids aux droits de l’accusé. Par exemple, le besoin d’avoir recours à des questions sur le comportement sexuel antérieur d’une plaignante sera considérablement réduit si l’accusé peut présenter sa théorie de la cause sans faire mention du comportement sexuel antérieur de la plaignante. Toutefois, dans d’autres situations — lorsque la contestation de la preuve présentée par le ministère public du comportement sexuel antérieur de la plaignante a une incidence directe sur la capacité de l’accusé de soulever un doute raisonnable —, le contre-interrogatoire devient primordial pour la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière et il doit être autorisé sous une forme ou une autre : *Mills*, par. 71 et 94.

[65] C’est le cas en l’espèce. Ici, il n’y avait aucune preuve indépendante de paternité. Vu la dénégation de R.V., la seule façon qu’il avait de contester l’inférence mise de l’avant par le ministère public était de contre-interroger la plaignante sur une autre activité sexuelle. Dans cette situation, la vie privée de la plaignante doit céder le pas au contre-interrogatoire pour éviter qu’un innocent soit déclaré coupable.

[66] En outre, lorsque la défense de l’accusé comprend une contestation de la preuve présentée par le ministère public, le contre-interrogatoire aide le juge des faits à parvenir à une décision juste : *Seaboyer*, p. 609; voir aussi S. Ozkin, « Balancing of Interests : Admissibility of Prior Sexual History

*Crim. L.Q.* 327, at pp. 331-32. Because the window for conception overlapped with the date of the alleged assault, the pregnancy could corroborate the complainant's account. However, the trial judge's ability to rely on the pregnancy depended on the extent to which he could rule out the possibility that other sexual activity had caused it. Thus, both ss. 276(3)(a) and 276(3)(c) required permitting some form of cross-examination of the complainant.

[67] This does not, however, open a door to wide-ranging inquiries. The right to a fair trial does not guarantee the most favourable procedures imaginable: *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 64; *Darrach*, at para. 24; *Mills*, at para. 75. Even where the right to a fair trial requires cross-examination of the complainant, it does not entitle an accused to pursue the *most* expansive cross-examination. The scope of the permissible questioning must also be determined by balancing the accused's rights with the other rights and interests protected by s. 276(3), including:

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

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

The trial judge must therefore narrow the scope of the questioning to minimize the impact on the complainant, while maintaining the accused's ability to answer the charges.

[68] Inquiries into any individual's sexual history are highly intrusive. The threat to the complainant's dignity and privacy is even higher when the proposed questions surround the conduct of a 15-year-old. Both the length of the relevant time period and the degree of detail to be adduced impact the potential prejudice to the complainant: see, e.g., *R. v. Nkemka*, 2013 ONSC 2121, at paras. 10-20 (CanLII). Open-ended questioning about an individual's sexual activity, even

under Section 276 » (2011), 57 *Crim. L.Q.* 327, p. 331-332. Parce que la fenêtre pendant laquelle la conception aurait pu se produire chevauchait la date de l'agression alléguée, la grossesse pouvait corroborer le récit de la plaignante. Toutefois, la capacité du juge du procès de s'appuyer sur la grossesse dépendait de la mesure dans laquelle il pouvait exclure la possibilité qu'une autre activité sexuelle l'ait causée. En conséquence, les alinéas 276(3)a) et 276(3)c) exigeaient tous les deux qu'une forme quelconque de contre-interrogatoire de la plaignante soit autorisée.

[67] Cela n'ouvre toutefois pas la porte à des enquêtes tous azimuts. Le droit à un procès équitable ne garantit pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer : *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 64; *Darrach*, par. 24; *Mills*, par. 75. Même lorsque le droit à un procès équitable exige le contre-interrogatoire de la plaignante, il ne permet pas à un accusé de mener le contre-interrogatoire le *plus* approfondi qui soit. Il faut également déterminer la portée des questions admissibles, en soupesant les droits de l'accusé et les autres droits et intérêts que protège le par. 276(3), notamment :

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

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.

Le juge du procès doit donc restreindre la portée des questions pour minimiser leur effet sur la plaignante, tout en maintenant la capacité de l'accusé de répondre aux accusations.

[68] Les questions sur le comportement sexuel antérieur de tout individu sont très intrusives. La dignité et la vie privée de la plaignante sont d'autant plus menacées lorsque les questions proposées portent sur le comportement d'une adolescente de 15 ans. La durée de la période pertinente et le degré de détail à présenter ont une incidence sur le préjudice que risque de subir la plaignante : voir, p. ex., *R. c. Nkemka*, 2013 ONSC 2121, par. 10-20 (CanLII). Des questions

during a particular timeframe, risks devolving into the very type of inquiry that s. 276 was intended to prevent. Caution must be exercised where the proposed inquiry captures a broad range of sexual activity and is limited only by a specified timeframe.

[69] Determining the boundaries of permissible cross-examination will always be a challenging and fact-specific task. In the present case, where the complainant maintained she was a virgin and had no boyfriend at the time of the assault, only limited questioning was appropriate. In other cases, more latitude may be warranted.

[70] In summary, R.V.'s right to make full answer and defence required some means of challenging the Crown's reliance on the pregnancy. In my view, a correct balancing of the interests set out in s. 276(3) would have allowed R.V. to inquire into: (i) the complainant's understanding of the types of sexual activity capable of causing pregnancy and (ii) whether she engaged in any such activity at the end of June and the beginning of July. However, to minimize the impact on the complainant's privacy and dignity, that inquiry needed to be limited. As I discuss below, even when a s. 276 application is granted, the trial judge must continue to keep these interests in mind throughout the trial.

#### (4) The Trial Judge's Gatekeeper Role

[71] This Court recently emphasized the important "gatekeeper" role trial judges play in sexual assault cases: *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at paras. 68 and 197; *Goldfinch*, at para. 75. The procedural and evidentiary context of this case illustrates two aspects of this role: (i) the importance of remaining alive to the objectives of s. 276 as the trial unfolds by actively supervising cross-examination and adapting s. 276 rulings as necessary when new evidence comes to light; and (ii) the advantages of assessing the evidence of other sexual activity to be adduced by *both* the defence (as required by s. 276)

ouvertes sur le comportement sexuel de quelqu'un, même si elles portent sur un intervalle de temps déterminé, risquent de devenir précisément le type d'enquête que vise à empêcher l'art. 276. La prudence s'impose lorsque l'enquête proposée porte sur un large éventail d'activités sexuelles et n'est limitée que par un intervalle de temps précis.

[69] La détermination des limites d'un contre-interrogatoire admissible sera toujours une tâche ardue et tributaire des faits. En l'espèce, tandis que la plaignante soutenait qu'elle était vierge et qu'elle n'avait pas de copain au moment de l'agression, il fallait s'en tenir à des questions limitées. Dans d'autres cas, une plus grande latitude pourrait être justifiée.

[70] Bref, le droit de R.V. à une défense pleine et entière exigeait qu'il dispose d'un moyen pour contester l'inférence relative à la grossesse sur laquelle s'appuyait le ministère public. À mon avis, une mise en balance adéquate des intérêts énumérés au par. 276(3) aurait permis à R.V. de poser des questions : (i) sur ce que la plaignante savait des formes d'activité sexuelle pouvant entraîner une grossesse et (ii) sur le point de savoir si elle s'était livrée à des activités de ce genre à la fin juin et au début juillet. Toutefois, pour minimiser l'effet sur la vie privée et la dignité de la plaignante, il fallait que cette enquête soit limitée. Comme je l'expliquerai plus loin, même si une demande fondée sur l'art. 276 est accueillie, le juge du procès doit tenir compte de ces intérêts tout au long du procès.

#### (4) Le juge du procès et son rôle de gardien

[71] La Cour a récemment souligné l'important rôle de « gardien » que joue le juge du procès dans les affaires d'agression sexuelle : *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 68 et 197; *Goldfinch*, par. 75. Le contexte de l'espèce, sur le plan de la procédure et de la preuve, illustre deux aspects de ce rôle : (i) l'importance que le juge demeure sensible aux objectifs de l'art. 276 pendant le déroulement du procès en supervisant activement les contre-interrogatoires et en adaptant au besoin les décisions prises en application de l'art. 276 lorsque de nouveaux éléments de preuve sont révélés; et

and the Crown (in light of s. 276(1) and the common law *Seaboyer* principles).

(a) *Monitoring Cross-Examination and Re-Visiting Section 276 Applications Throughout the Trial*

[72] Section 276 continues to operate even after an initial evidentiary ruling has been rendered. Trial judges must therefore remain vigilant in ensuring the objectives of the provision are upheld as the trial unfolds. Cross-examination about the complainant's sexual history, where permitted, should be closely monitored to ensure it remains within the permissible limits. And as evidence emerges, it may become necessary to re-consider prior s. 276 rulings.

[73] First, where targeted cross-examination of the complainant is permitted, trial judges must strike a delicate balance between giving counsel sufficient latitude to conduct effective cross-examination and minimizing any negative impacts on the complainant and the trial process. Proposed questions should be canvassed in advance and may be re-assessed based on the answers received. In certain cases, it may even be appropriate to approve specific wording: see, e.g., *Nkemka*, at para. 18; *R. v. Akumu*, 2017 BCSC 533, at paras. 26-31 and 35-54 (CanLII).

[74] Second, as a general rule, an order related to the conduct of trial may be varied or revoked if there is a material change of circumstances: C.A. reasons, at paras. 98-103; see also *R. v. Adams*, [1995] 4 S.C.R. 707, at para. 30; *R. v. Calder*, [1996] 1 S.C.R. 660, at para. 21; *R. v. La*, [1997] 2 S.C.R. 680, at para. 28. As evidence emerges at trial, both the probative value and potential prejudice of proposed evidence may change. If a material change of circumstances occurs, either party may request that a previous evidentiary ruling be re-visited.

(ii) les avantages d'évaluer la preuve d'autres activités sexuelles si elle est présentée par la défense (comme l'exige l'art. 276) ou si elle est présentée par le ministère public (en vertu du par. 276(1) et des principes de common law exposés dans l'arrêt *Seaboyer*).

a) *Surveiller les contre-interrogatoires et réexaminer les demandes fondées sur l'art. 276 tout au long du procès*

[72] L'article 276 continue à s'appliquer, même après le prononcé de la décision initiale sur la preuve. Le juge du procès doit donc continuer à veiller au respect des objectifs de la disposition tout au long du procès. Le contre-interrogatoire portant sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante, lorsqu'il est autorisé, doit être étroitement surveillé pour qu'il respecte les limites fixées. Au fur et à mesure que de nouveaux éléments de preuve ressortent, il peut en outre devenir nécessaire de réexaminer des décisions fondées sur l'art. 276 rendues antérieurement.

[73] Premièrement, lorsqu'un contre-interrogatoire ciblé de la plaignante est permis, le juge du procès doit établir un équilibre délicat qui consiste à donner au procureur la latitude suffisante pour mener un contre-interrogatoire efficace tout en minimisant tout effet négatif sur la plaignante et sur le processus judiciaire. Les questions proposées doivent être examinées à l'avance et peuvent être réévaluées en fonction des réponses reçues. Dans certains cas, il peut même être opportun d'approuver une formulation précise : voir, p. ex., *Nkemka*, par. 18; *R. c. Akumu*, 2017 BCSC 533, par. 26-31 et 35-54 (CanLII).

[74] Deuxièmement, en règle générale, une ordonnance relative à l'instruction du procès peut être modifiée ou révoquée s'il y a un changement important des circonstances : motifs de la C.A., par. 98-103; voir également *R. c. Adams*, [1995] 4 R.C.S. 707, par. 30; *R. c. Calder*, [1996] 1 R.C.S. 660, par. 21; *R. c. La*, [1997] 2 R.C.S. 680, par. 28. Au fur et à mesure que des éléments de preuve ressortent au procès, tant la valeur probante que l'effet préjudiciable potentiel de la preuve proposée peuvent changer. S'il survient un changement important des circonstances, une partie peut demander qu'une décision antérieure en matière de preuve soit réexaminée.

[75] In this case, the application judge refused R.V.'s request to question the complainant on her sexual history. At the outset of the trial, the trial judge subsequently held that because the trial had been continued before him under s. 669.2 of the *Criminal Code*, the pre-trial motions could not be re-litigated and he was bound by the application judge's s. 276 ruling. But as the Court of Appeal correctly stated, s. 669.2 does not displace the general rule that a trial judge has discretion to re-consider rulings made earlier in the proceedings if there is a material change of circumstances: paras. 98-108.

[76] In this case, the trial judge also observed, correctly, that no material change of circumstances had occurred between the s. 276 ruling and the start of trial. Nevertheless, given that the trial judge held that he could not re-consider the ruling — which included the erroneous conclusion that the proposed cross-examination did not qualify as a specific instance of sexual activity — I accept that counsel for the accused may have thought it would be futile to apply for a re-consideration, even if the circumstances changed during the trial.

[77] Indeed, the evidentiary foundation *did* shift in this case. At the *voir dire*, counsel for R.V. suggested that the date of conception was approximately June 14th — 17 days prior to the alleged offence. However, the doctor's testimony at trial established that conception would have occurred between June 21st and July 5th. As the potential conception date coincided more closely with the date of the assault, the probative value of the pregnancy as evidence of the assault increased. The narrower timeframe also decreased the potential prejudice to the complainant. Both are factors that would likely have provided grounds for re-considering the s. 276 ruling.

(b) *The Admissibility of Crown Evidence and the Possibility of Joint Assessments*

[78] While s. 276(2) applies only to evidence “admitted by or on behalf of the accused”, s. 276(1)

[75] En l'espèce, la juge saisie de la demande a interdit à R.V. d'interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur. À l'ouverture du procès, le juge du procès a subséquemment statué que, parce que le procès s'était poursuivi devant lui en application de l'art. 669.2 du *Code criminel*, les requêtes préalables ne pouvaient pas être plaidées de nouveau et qu'il était lié par la décision de la juge saisie de la demande fondée sur l'art. 276. Or, comme l'a affirmé à bon droit la Cour d'appel, l'art. 669.2 n'écarte pas la règle générale selon laquelle le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de réexaminer les décisions prises antérieurement dans l'instance s'il y a un changement important des circonstances : par. 98-108.

[76] En l'espèce, le juge du procès a également souligné, à bon droit, qu'aucun changement important des circonstances n'était survenu entre la décision fondée sur l'art. 276 et l'ouverture du procès. Néanmoins, comme il a statué qu'il ne pouvait pas réexaminer la décision — qui comprenait la conclusion erronée selon laquelle le contre-interrogatoire proposé ne satisfaisait pas à l'exigence qu'il porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle —, je reconnais que le procureur de l'accusé a pu penser qu'il aurait été futile de demander un réexamen, même si la situation changeait en cours de procès.

[77] De fait, le fondement probatoire a *effectivement* changé en l'espèce. Lors du voir-dire, le procureur de R.V. a affirmé que la date approximative de la conception était le 14 juin — soit 17 jours avant l'infraction alléguée. Or, le témoignage de la médecin au procès a établi que la conception aurait eu lieu entre le 21 juin et le 5 juillet. Puisque la date éventuelle de conception coïncidait de façon plus étroite avec la date de l'agression, la valeur probante de la grossesse comme preuve de l'agression avait augmenté. L'intervalle de temps plus court réduisait également l'effet préjudiciable éventuel pour la plaignante. Ce sont là deux facteurs qui auraient vraisemblablement fourni un motif de réexamen de la décision fondée sur l'art. 276.

(b) *L'admissibilité de la preuve du ministère public et la possibilité d'évaluations conjointes*

[78] Bien que le par. 276(2) ne s'applique qu'à la preuve présentée par « l'accusé ou son représentant »,

and the common law principles apply to Crown-led evidence of a complainant's sexual history: *Barton*, at para. 80. In *Seaboyer*, McLachlin J. emphasized the importance of the trial judge's gatekeeper role in ensuring that sexual history evidence "possesses probative value on an issue in the trial . . . [that] is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice flowing from the evidence": p. 635. Irrespective of which party adduces evidence of the complainant's sexual history, the trial judge must guard against twin-myth reasoning as well as prejudice to the complainant, the trial process and the administration of justice.

[79] Where, as in this case, the accused's s. 276 application relates to Crown-led evidence, it would be prudent to consider both the Crown's proposed use of the evidence and any challenges proposed by the accused at the same time. A view of how both sides intend to use the evidence would allow trial judges to more accurately assess the impact of admitting such evidence and appropriately tailor the ways in which it may be adduced. Further, the Crown's decision to adduce evidence, or even to call a particular witness, is a matter of prosecutorial discretion: *Darrach*, at para. 69. If the manner in which the evidence may be challenged is clear from the outset, the Crown can make an informed decision about whether the interests of justice are served by adducing the evidence in the first place.

[80] Here, the Crown introduced evidence of the complainant's sexual history. In direct examination, the Crown asked the complainant if she was a "virgin" at the time of the assault and when that "physical state" changed. The complainant responded that she was a virgin on July 1st and indicated that she had sexual intercourse for the first time on September 2nd. The complainant's doctor also testified to conversations regarding the complainant's sexual activity. It is not clear on the record why the Crown adduced this evidence in this way. Whether these statements were admissible, as well as how the defence would

le par. 276(1) et les principes de common law s'appliquent à la preuve présentée par le ministère public au sujet du comportement sexuel antérieur d'une plaignante : *Barton*, par. 80. Dans l'arrêt *Seaboyer*, la juge McLachlin a souligné l'importance du rôle de gardien que joue le juge du procès en s'assurant que la preuve du comportement sexuel antérieur « possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et [que] le danger d'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante » : p. 635. Quelle que soit la partie qui présente une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante, il revient au juge du procès d'être sensible au raisonnement fondé sur les deux mythes et au préjudice causé à la plaignante, au processus judiciaire et à l'administration de la justice.

[79] Dans les cas où, comme en l'espèce, la demande de l'accusé fondée sur l'art. 276 a trait à un élément de preuve présenté par le ministère public, il serait prudent d'examiner en même temps l'utilisation que compte faire ce dernier de cette preuve et les contestations que l'accusé lui oppose. En sachant comment les deux parties entendent utiliser la preuve, le juge du procès serait en mesure d'évaluer avec plus d'exactitude l'effet qu'aurait l'admission de cette preuve et de façonner adéquatement les manières dont cette preuve peut être présentée. Qui plus est, la décision du ministère public de présenter un élément de preuve, voire d'assigner un témoin en particulier, relève du pouvoir discrétionnaire du poursuivant : *Darrach*, par. 69. Si la manière dont la preuve peut être contestée est connue au départ, le ministère public peut décider de manière éclairée si les intérêts de la justice sont servis en l'introduisant.

[80] En l'espèce, le ministère public a présenté une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante. En interrogatoire principal, le ministère public a demandé à la plaignante si elle était « vierge » au moment de l'agression et quand cet « état physique » avait changé. La plaignante a répondu qu'elle était vierge le 1<sup>er</sup> juillet et a affirmé avoir eu un rapport sexuel pour la première fois le 2 septembre. La médecin de la plaignante a en outre témoigné au sujet de conversations relatives à l'activité sexuelle de la plaignante. Le dossier n'indique pas clairement pourquoi le ministère public a présenté cette preuve

be permitted to challenge them, should have been decided in advance.

[81] Whether sexual *inactivity* is captured by either s. 276 or the *Seaboyer* principles is not directly at issue before this Court. There is appellate authority stating that s. 276 does not prevent the complainant from testifying as to virginity: *R. v. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308 (Ont. C.A.), aff'd 2006 SCC 9, [2006] 1 S.C.R. 381, on a different point, at para. 33; *R. v. Brothers* (1995), 169 A.R. 122 (C.A.), at paras. 26-29. However, these cases also recognize that admitting evidence of virginity raises further questions, including: (i) the inferences the finder of fact may be asked to draw from the fact of the complainant's virginity and (ii) how the accused may challenge this claim: see *Pittiman*, at paras. 34-37; *Brothers*, at paras. 30-35. While I leave this issue for another day, I agree with Paciocco J.A. that it would be incongruous to hold that the statement "I am a virgin" does not engage s. 276 while an answer to the contrary would clearly be a reference to sexual activity: para. 79.

[82] Nonetheless, questions regarding when the complainant ceased to be a virgin undoubtedly fell within the ambit of s. 276 and the *Seaboyer* principles. In this case, the Crown presumably sought to confirm that the complainant had not engaged in sexual activity during the timeframe when conception could have occurred. How the Crown intended to adduce this evidence — and whether discussion of her activity on September 2nd, well beyond the conception timeframe, was necessary — should have been evaluated in advance and considered alongside R.V.'s s. 276 application.

B. *Section 686(1)(b)(iii): Has a Miscarriage of Justice Occurred?*

[83] The application judge erred in adopting an overly restrictive approach to s. 276. Asking the complainant whether she had engaged in other sexual

de cette façon. Il aurait fallu décider à l'avance si ces déclarations étaient admissibles et comment la défense serait autorisée à les contester.

[81] La question de savoir si l'*inactivité* sexuelle est visée par l'art. 276 ou par les principes énoncés dans l'arrêt *Seaboyer* n'est pas directement en cause devant la Cour. Des cours d'appel ont affirmé que l'art. 276 n'empêche pas la plaignante de témoigner au sujet de sa virginité : *R. c. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308 (C.A. Ont.), conf. par 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381, sur un autre point, par. 33; *R. c. Brothers* (1995), 169 A.R. 122 (C.A.), par. 26-29. Toutefois, ces affaires reconnaissent également que l'admission d'une preuve de virginité soulève d'autres questions, notamment (i) les inférences que le juge des faits peut être invité de tirer du fait de la virginité de la plaignante et (ii) comment l'accusé peut contester cette allégation : voir *Pittiman*, par. 34-37; *Brothers*, par. 30-35. Bien que je remette à plus tard l'examen de cette question, je souscris aux propos du juge Paciocco selon lequel il serait incongru de statuer que la déclaration « Je suis vierge » ne fait pas entrer en jeu l'art. 276, alors qu'une réponse au contraire serait manifestement une référence à une activité sexuelle : par. 79.

[82] Dans tous les cas, les questions relatives au moment où la plaignante a cessé d'être vierge tombaient toutefois indéniablement sous le coup de l'art. 276 et des principes énoncés dans l'arrêt *Seaboyer*. En l'espèce, le ministère public cherchait présumément à confirmer que la plaignante ne s'était pas livrée à une activité sexuelle pendant la période où la conception aurait pu avoir lieu. Les questions de savoir comment le ministère public entendait présenter cette preuve — et de savoir s'il était nécessaire de discuter de son activité du 2 septembre, bien après l'intervalle de conception — auraient dû être évaluées à l'avance et examinées parallèlement à la demande de R.V. fondée sur l'art. 276.

B. *Sous-alinéa 686(1)b)(iii) : y a-t-il eu erreur judiciaire grave?*

[83] La juge saisie de la demande a commis une erreur en adoptant une approche trop restrictive à l'égard de l'art. 276. Demander à la plaignante si

activity that could have resulted in pregnancy during the relevant timeframe was sufficient to satisfy the “specific instances” requirement of s. 276(2). Some cross-examination on other possible causes of the pregnancy was warranted to safeguard R.V.’s ability to defend himself on the charges. Further, the trial judge erred in concluding, at the outset of the trial, that he did not have the discretion to re-hear the s. 276 application. As I explained above, given the application judge’s refusal to grant the application, the evidence that emerged at trial would likely have constituted a material change of circumstances, justifying a re-consideration. The *effect* of these errors, however, must be viewed in light of the fact that the trial judge permitted the defence to cross-examine the complainant on the issue of virginity.

[84] Section 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* permits a court of appeal to dismiss an appeal from a conviction where “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. In my view, R.V. suffered no substantial wrong because *despite* these errors, the questions he was permitted to ask allowed him to adequately challenge the inference urged by the Crown.

[85] The curative proviso set out in s. 686(1)(b)(iii) may be applied where there is no “reasonable possibility that the verdict would have been different had the error . . . not been made”: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617; *R. v. Khan*, 2001 SCC 86, [2001] 3 S.C.R. 823, at para. 28. Applying the curative proviso is appropriate in two circumstances: (i) where the error is harmless or trivial; or (ii) where the evidence is so overwhelming that the trier of fact would inevitably convict: *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 53; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at para. 34; *Khan*, at paras. 29-31.

[86] Cross-examination is undoubtedly a key element of the right to make full answer and defence. This Court has held that sometimes “there will be no other way to expose falsehood, to rectify error,

elle avait eu une autre activité sexuelle qui aurait pu causer la grossesse dans l’intervalle de temps pertinent était suffisant pour satisfaire à l’exigence des « cas particuliers » du par. 276(2). Un certain contre-interrogatoire sur d’autres causes possibles de grossesse était justifié pour protéger la capacité de R.V. d’opposer une défense aux accusations. De plus, le juge du procès a commis une erreur en concluant, à l’ouverture du procès, qu’il n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de réexaminer la demande fondée sur l’art. 276. Comme je l’ai expliqué précédemment, compte tenu du refus de la juge saisie de la demande d’accueillir la demande, la preuve qui est ressortie au procès aurait vraisemblablement constitué un changement important des circonstances justifiant un réexamen. Il faut toutefois considérer l’*effet* de ces erreurs, en tenant compte du fait que le juge du procès a permis à la défense de contre-interroger la plaignante sur la question de la virginité.

[84] Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* permet à une cour d’appel de rejeter un appel d’une déclaration de culpabilité lorsqu’« aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit ». À mon avis, R.V. n’a subi aucun tort important, puisque, *malgré* les erreurs commises, les questions qu’il a été autorisé à poser lui ont permis de contester adéquatement l’inférence mise de l’avant par le ministère public.

[85] La disposition réparatrice prévue au sous-al. 686(1)(b)(iii) ne s’applique que lorsqu’il n’existe aucune « possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur » : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 617; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 28. L’application de la disposition réparatrice convient dans deux situations : (i) l’erreur est inoffensive ou négligeable; ou (ii) la preuve est à ce point accablante que le juge des faits conclurait forcément à la culpabilité : *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 53; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34; *Khan*, par. 29-31.

[86] Le contre-interrogatoire est sans contredit un élément clé du droit à une défense pleine et entière. La Cour a déclaré que, parfois, « il n’existe en effet aucun autre moyen de mettre au jour des faussetés, de

to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed”: *Lyttle*, at para. 1 (emphasis in original); see also *Osolin*, at p. 663. Thus, as a general rule, counsel “may pursue any hypothesis that is honestly advanced on the strength of reasonable inference, experience or intuition”: *Lyttle*, at para. 48. Because it is difficult to predict what lines of questioning counsel might pursue and what evidence may have emerged had cross-examination been permitted, a failure to allow relevant cross-examination will almost always be grounds for a new trial: *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 151; *Crosby*, at para. 20; *Osolin*, at pp. 674-75.

[87] The key question at this stage is whether the errors in this case prevented R.V. from making full answer and defence. More specifically, is it clear that R.V. was able to adequately challenge the inference that the pregnancy confirmed his participation in the assault? Here, the Court of Appeal did not specifically address the scope of the permissible cross-examination. However, it held that whatever cross-examination occurred was “not a fair substitute for the cross-examination that should have been allowed”: para. 91.

[88] I disagree. In this case — where the proposed cross-examination involved the conduct of a 15-year-old who testified she was a virgin — wide-ranging questions would have been inappropriate. Instead, the circumstances of this case warranted tightly controlled questioning of the complainant. R.V.’s right to make full answer and defence entitled him to test whether someone else could have caused the complainant’s pregnancy. As discussed above, a correct balancing of the interests set out in s. 276(3) would have allowed R.V. to make limited inquiries into: (i) the complainant’s understanding of the types of sexual activity capable of causing pregnancy and (ii) whether she engaged in any such activity at the end of June and the beginning of July. As I shall explain, the defence was allowed to do so — despite the errors in the s. 276 ruling.

rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais » : *Lyttle*, par. 1 (souligné dans l’original); voir aussi *Osolin*, p. 663. Par conséquent, en règle générale, un procureur « peut soulever toute hypothèse qu’il avance honnêtement sur la foi d’inférences raisonnables, de son expérience ou de son intuition » : *Lyttle*, par. 48. Parce qu’il est difficile de savoir quelles questions l’avocat aurait posées et quelle preuve serait ressortie si un contre-interrogatoire avait été autorisé, le défaut de permettre un contre-interrogatoire pertinent justifiera presque toujours la tenue d’un nouveau procès : *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 151; *Crosby*, par. 20; *Osolin*, p. 674-675.

[87] La question clé à ce stade est de savoir si les erreurs commises en l’espèce ont empêché R.V. de présenter une défense pleine et entière. Plus précisément, est-il clair que R.V. a été capable de contester l’inférence selon laquelle la grossesse confirmait sa participation à l’agression? En l’espèce, la Cour d’appel n’a pas expressément traité de la portée de ce qui aurait été un contre-interrogatoire admissible. Elle a toutefois statué que le contre-interrogatoire qui a effectivement eu lieu [TRADUCTION] « n’était pas un substitut adéquat [à celui] qui aurait dû être autorisé » : par. 91.

[88] Je ne suis pas d’accord. En l’espèce — où le contre-interrogatoire proposé portait sur le comportement d’une jeune de 15 ans qui a dit être vierge — des questions tous azimuts auraient été inappropriées. Les circonstances de l’espèce justifiaient plutôt un interrogatoire de la plaignante rigoureusement contrôlé. Le droit de R.V. à une défense pleine et entière l’autorisait à vérifier si quelqu’un d’autre aurait pu avoir mis la plaignante enceinte. Je le répète, une mise en balance adéquate des intérêts énoncés au par. 276(3) aurait permis à R.V. de poser des questions limitées : (i) sur ce que la plaignante savait des formes d’activité sexuelle pouvant entraîner une grossesse et (ii) sur le point de savoir si elle s’était livrée à des activités de ce genre à la fin juin et au début juillet. Comme je vais l’expliquer, la défense a été autorisée à poser ces questions, malgré les erreurs entachant la décision fondée sur l’art. 276.

[89] Before this Court, counsel for R.V. advanced the theory that the complainant had engaged in such sexual activity with her boyfriend during June or July. Afraid of the potential repercussions once her family found out she was pregnant, the complainant fabricated the story about the assault. Counsel argued a new trial is required because R.V. was unable to pursue this theory at trial and it is impossible to know whether this strategy would have succeeded.

[90] I remain unpersuaded. Having reviewed the trial transcripts in light of the questioning that actually occurred as well as that suggested by counsel, I am satisfied that the accused was not precluded from adequately testing the evidence in this case.

[91] First, the application judge’s ruling permitted R.V. to ask the complainant about her understanding of “virginity” and to challenge whether she was telling the truth about being sexually inactive.

[92] Defence counsel asked the complainant about her understanding of the types of sexual activity capable of causing pregnancy. He asked, “you knew that sexual intercourse could lead to pregnancy” and “if there was contact between the male genitals and the female genitals, sexual intercourse didn’t have to occur, but you could become . . . pregnant from that type of sexual conduct”? The complainant responded affirmatively to both questions (A.R., vol. V, at pp. 26-27).

[93] The complainant consistently maintained (to her doctor, the police and the court) that she was both a virgin and not sexually active prior to September 2013. In challenging this evidence, defence counsel asked about her definition of “virginity” and “sexual activity”. Among a number of questions on these issues, he asked, “your knowledge . . . of virginity is somebody who hasn’t had actual full sexual intercourse” and she replied, “Yes” (A.R.,

[89] Devant la Cour, l’avocat de R.V. a exposé la théorie selon laquelle la plaignante s’était livrée à une activité sexuelle de ce genre avec son copain en juin ou juillet. Craignant les répercussions pouvant s’ensuivre une fois que sa famille découvrirait qu’elle était enceinte, la plaignante avait inventé l’histoire de l’agression. Le procureur de R.V. a soutenu qu’un nouveau procès s’impose, puisque R.V. n’a pas été en mesure de faire valoir cette théorie au procès et qu’il est impossible de savoir si cette stratégie aurait porté fruit.

[90] Je ne suis toujours pas convaincue. Ayant examiné les transcriptions du procès à la lumière des questions qui ont effectivement été posées et des questions qui auraient pu être posées selon son procureur, je suis convaincue que l’accusé n’a pas été empêché de vérifier adéquatement la preuve en l’espèce.

[91] Premièrement, la décision de la juge saisie de la demande permettait à R.V. de demander à la plaignante ce qu’elle entendait par la « virginité » et si elle avait dit la vérité en affirmant qu’elle était sexuellement inactive.

[92] Le procureur de la défense a interrogé la plaignante à propos de ce qu’elle savait des formes d’activité sexuelle susceptibles d’entraîner une grossesse. Il lui a demandé, [TRADUCTION] « vous saviez que des rapports sexuels pouvaient entraîner une grossesse » et que « s’il y a eu contact entre les organes génitaux de l’homme et ceux de la femme, il n’était pas nécessaire que des rapports sexuels surviennent, mais vous pouviez devenir [. . .] enceinte après avoir eu ce genre de comportement sexuel »? La plaignante a répondu aux deux questions par l’affirmative (d.a., vol. V, p. 26-27).

[93] La plaignante a constamment affirmé (à sa médecin, à la police et au tribunal) qu’elle était à la fois vierge et sexuellement inactive avant septembre 2013. Pour mettre ce témoignage à l’épreuve, le procureur de la défense lui a demandé ce qu’elle entendait par « virginité » et « activité sexuelle ». Parmi les questions qu’il lui a posées sur ces points, il lui a demandé, [TRADUCTION] « votre connaissance [. . .] de la virginité est celle d’une personne qui n’a

vol. V, at p. 28). At another point in her testimony, the complainant broadly defined “sexual activity” so as to include even the touching of genitals. Counsel also challenged the complainant’s statement to her doctor during the following exchange:

pas eu de rapports sexuels complets », ce à quoi elle a répondu « Oui » (d.a., vol. V, p. 28). À un autre moment de son témoignage, la plaignante a défini largement l’« activité sexuelle » comme englobant même le fait de toucher les organes génitaux. Le procureur a également contesté, lors de l’échange suivant, ce que la plaignante a dit à sa médecin :

[TRANSDUCTION]

Q. And, [the doctor] asked you, specifically, if you had been having sexual activities?

Q. Et, [la médecin] vous a demandé explicitement si vous vous étiez livrée à des activités sexuelles?

A. Yes, she did.

R. Oui, elle l’a fait.

Q. And, you said, no?

Q. Et, vous avez dit non?

A. Yeah.

R. Ouais.

Q. And, that wasn’t accurate, what you’re telling the court is true?

Q. Et ce n’était pas exact, ce que vous dites au tribunal est vrai?

A. I’m sorry.

R. Pardon.

Q. When you told the doctor you were having sexual activity, that was, wasn’t accurate?

Q. Quand vous avez mentionné au médecin que vous vous adonniez à des activités sexuelles, ce n’était pas exact?

A. But, that was true, because I wasn’t having sexual activity before September 2nd.

R. Mais c’était vrai, parce que je n’ai pas eu d’activité sexuelle avant le 2 septembre.

Q. Well, but the incident itself is a form of sexual activity, wouldn’t you agree?

Q. Bien, mais l’incident est en soi une forme d’activité sexuelle, n’êtes-vous pas d’accord?

A. Yes, but, at that time, I, I hadn’t told anyone, so I didn’t . . .

R. Oui, mais à ce moment-là, je ne l’avais dit à personne, donc je n’ai pas . . .

Q. You didn’t want to tell her?

Q. Vous ne vouliez pas le lui dire?

A. I, I didn’t. I felt super uncomfortable.

R. Je, je ne voulais pas. J’étais super mal à l’aise.

Q. Okay. And, so, you said, no, even though you, in your mind, you probably knew that this had happened, right? It didn’t go away, you . . .

Q. D’accord. Et donc, vous avez dit « non », même si vous, dans votre esprit, vous saviez probablement que c’était arrivé, n’est-ce pas? Ce n’est pas disparu, vous . . .

A. Yes, and . . .

R. Oui et . . .

Q. . . . were thinking about it?

Q. . . . vous y songiez?

A. Yeah.

R. Ouais.

Q. But, when you talked to the doctor on the 22nd of August, the first day, I take it, that when she asked that, I guess you just said, no, because you didn't want to tell her?

A. Yes, and because I also wasn't sure if it had occurred exactly that day, or if it didn't.

Q. Okay. But, contact of the nature that you've described is a form of sexual activity, you'd agree?

A. Yeah.

(A.R., vol. V, at pp. 37-38 (emphasis added))

[94] At no point did the trial judge prevent defence counsel from further exploring the complainant's definition of "virginity" or what she meant when she told her doctor she was not sexually active prior to September 2nd.

[95] During cross-examination, the complainant was also questioned about when she met her boyfriend. She testified that she "met up with him, I think, after July, and we officially started dating on December 26th". Defence counsel challenged this testimony, suggesting she was "hanging out with him in July and August". The complainant responded, "[a]t the end of July, beginning of August" (A.R., vol. V, at pp. 15-17). Defence counsel chose not to press her further on this point.

[96] In short, nothing in the record, apart from speculation, suggests that the 15-year-old complainant was sexually active or even had a romantic partner at any time relevant to challenging the pregnancy evidence, despite cross-examination on both issues. As such, I am persuaded that the scope of permissible cross-examination would not have been any broader than the questioning that actually occurred.

[97] Second, the s. 276 ruling did not prevent defence counsel from advancing the theory that the complainant lied to protect her relationship with her

Q. Mais, lorsque vous avez parlé à la médecin le 22 août, le premier jour, si je ne m'abuse, quand elle vous a demandé cela, je suppose que vous avez dit « non », parce que vous ne vouliez pas le lui dire?

R. Oui, et parce que je n'étais pas certaine si ça s'était passé exactement ce jour-là, ou non.

Q. D'accord. Mais, le genre de contact dont vous avez parlé est une forme d'activité sexuelle, n'êtes-vous pas d'accord?

R. Ouais.

(d.a., vol. V, p. 37-38 (je souligne))

[94] Le juge du procès n'a jamais empêché le procureur de la défense d'interroger plus à fond la plaignante sur ce qu'elle entendait par « virginité » ou ce qu'elle voulait dire quand elle a mentionné à sa médecin qu'elle n'était pas sexuellement active avant le 2 septembre.

[95] Pendant le contre-interrogatoire, la plaignante s'est également fait interroger sur le moment où elle avait rencontré son copain. Elle a affirmé [TRADUCTION] « l'avoir rencontré, je crois, après juillet, et nous avons officiellement commencé à sortir ensemble le 26 décembre ». Le procureur de la défense a contesté ce témoignage, en suggérant qu'elle [TRADUCTION] « le fréquentait en juillet et en août ». La plaignante a répondu « [à] la fin juillet, début août » (d.a., vol. V, p. 15-17). Le procureur de la défense a décidé de ne pas l'interroger davantage sur ce point.

[96] Bref, rien dans le dossier, mis à part des conjectures, n'indique que la plaignante âgée de 15 ans était sexuellement active, ni même qu'elle avait un amoureux à quelque moment que ce soit qui serait pertinent pour contester la preuve de la grossesse, et ce, malgré un contre-interrogatoire sur ces deux questions. Je suis donc convaincue que la portée d'un contre-interrogatoire admissible n'aurait pas été plus large que l'interrogatoire qui a effectivement eu lieu.

[97] Deuxièmement, la décision rendue en application de l'art. 276 n'a pas empêché le procureur de la défense de faire valoir la théorie suivant laquelle

boyfriend. Counsel asked the complainant to confirm that she told the police in September 2013 that she had a boyfriend she “really, really” liked, which she did. Counsel also asked whether the complainant’s mother had threatened to kick her out of the house if she ever became pregnant — the complainant acknowledged that she had. Counsel further suggested that the complainant wanted to hide the assault and pregnancy so she did not “look bad” to her family — the complainant agreed she had thought about this.

[98] I acknowledge that this cross-examination may have been less effective because counsel could not ask the final question: “I put to you that it’s actually your boyfriend that you were having sex with in July”. However, the implication of the questions asked at trial was clear and the trial judge could have considered the possibility of a motive to lie. Indeed, before this Court, counsel for R.V. candidly admitted that nothing prevented the defence from further probing the complainant’s testimony about when she began seeing her boyfriend or her motive to lie. Accordingly, it cannot be said that any error with respect to s. 276 prevented the accused from making this argument.

#### IV. Conclusion

[99] For these reasons, I conclude that neither the application judge’s interpretive error with respect to s. 276(2)(a) nor the trial judge’s conclusion that he was bound by the previous s. 276 ruling prevented R.V. from making full answer and defence at trial. On the facts of this case, the errors are harmless and there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the errors not been made. R.V. suffered no substantial wrong as a result of these errors.

[100] I would allow the appeal and restore R.V.’s conviction.

la plaignante avait menti pour protéger sa relation avec son copain. Le procureur a demandé à la plaignante de confirmer avoir dit aux policiers en septembre 2013 qu’elle avait un copain qu’elle aimait [TRADUCTION] « vraiment beaucoup », ce qu’elle a fait. Le procureur a également demandé à la plaignante si sa mère l’avait menacée de l’expulser du foyer si jamais elle devenait enceinte : la plaignante a reconnu que sa mère l’avait fait. Le procureur a en outre suggéré que la plaignante voulait dissimuler l’agression et la grossesse pour éviter de « mal paraître » aux yeux de sa famille; la plaignante a convenu qu’elle y avait songé.

[98] Je reconnais que ce contre-interrogatoire a pu être moins efficace parce que l’avocat n’a pas pu poser la dernière question : « Je vous suggère que c’est en fait avec votre copain que vous aviez des rapports sexuels en juillet ». Toutefois, ce que laissent croire les questions posées au procès était limpide et il était loisible au juge du procès d’envisager la possibilité d’un mobile pour mentir. D’ailleurs, devant la Cour, le procureur de R.V. a admis candidement que rien n’empêchait la défense d’examiner de manière plus approfondie le témoignage de la plaignante quant au moment où elle a commencé à fréquenter son copain ou à son mobile pour mentir. En conséquence, on ne peut pas dire qu’une erreur à l’égard de l’art. 276 a empêché l’accusé de faire valoir cet argument.

#### IV. Conclusion

[99] Pour ces motifs, je conclus que ni l’erreur d’interprétation de la juge saisie de la demande à l’égard de l’al. 276(2)a) ni la conclusion du juge du procès selon laquelle il était lié par la décision fondée sur l’art. 276 rendue antérieurement n’ont empêché R.V. de présenter une défense pleine et entière au procès. Eu égard aux faits de l’espèce, les erreurs sont anodines et il n’existe aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent en l’absence des erreurs. R.V. n’a subi aucun tort important du fait des erreurs.

[100] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité de R.V.

The following are the reasons delivered by

[101] BROWN AND ROWE JJ. (dissenting) — This is the third appeal decided in recent weeks, along with *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, and *R. v. Goldfinch*, 2019 SCC 38, [2019] 3 S.C.R. 3, where the Court is called upon to interpret the purpose, scope, and application of s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. Sexual offence trials are unique among criminal trials in Canada (A.F., at p. 1). Evidence of a complainant’s sexual history is inadmissible where it is tendered by the accused, unless and until the accused meets the admissibility criteria set out in s. 276(2).

[102] In *Barton* and *Goldfinch*, the Court explained how the admissibility criteria operates where *the accused* seeks to lead evidence of a complainant’s sexual history at trial. This appeal, however, turns on how to apply the admissibility criteria where *the Crown* leads evidence of a complainant’s sexual history, and the accused seeks to challenge that evidence through relevant cross-examination. We stress that, in this appeal, the Crown was not merely introducing evidence of the complainant’s sexual history for the purposes of providing “background”, or as the necessary link to explain a series of events, but as a central plank of the case incriminating R.V.

[103] The Crown’s position is that the admissibility criteria remains the same for the accused, regardless of who elicits the evidence. The application judge adopted the Crown’s position. In her s. 276 ruling, the application judge found that R.V. could not pursue certain lines of inquiry because he did not know, *in advance of cross-examination*, what the complainant’s evidence would be. R.V. could not, therefore, establish “specific instances of sexual activity” as she interpreted s. 276(2). His proposed inquiries were nothing more than a “fishing expedition” into the

Version française des motifs rendus par

[101] LES JUGES BROWN ET ROWE (dissidents) — Il s’agit du troisième pourvoi tranché en quelques semaines, parallèlement aux arrêts *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, et *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, dans le cadre duquel la Cour doit interpréter l’objet, la portée et l’application de l’art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Les procès pour infractions d’ordre sexuel sont uniques parmi les procès criminels au Canada (m.a., p. 1). La preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante est inadmissible lorsqu’elle est présentée par l’accusé, sauf si celui-ci respecte les critères d’admissibilité énoncés au par. 276(2).

[102] Dans les arrêts *Barton* et *Goldfinch*, la Cour a expliqué de quelle façon s’appliquent les critères d’admissibilité lorsque *l’accusé* cherche à présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante au procès. Le présent pourvoi porte plutôt sur l’application des critères d’admissibilité lorsque *le ministère public* présente une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante, et que l’accusé cherche à contester cette preuve au moyen d’un contre-interrogatoire pertinent. Nous tenons à souligner que dans le présent pourvoi, le ministère public ne présentait pas une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante simplement pour fournir une « mise en contexte », ou comme lien nécessaire pour expliquer une série d’événements; il la présentait plutôt comme l’élément central du dossier de preuve incriminant R.V.

[103] Le ministère public plaide que les critères d’admissibilité sont les mêmes pour l’accusé, sans égard à la personne qui obtient la preuve. La juge saisie de la demande a adopté cette position. Dans sa décision fondée sur l’art. 276, elle a conclu que R.V. ne pouvait pas poser certaines questions parce qu’il ne connaissait pas, *au préalable*, les réponses que donnerait la plaignante. Par conséquent, R.V. ne pouvait pas établir de « cas particuliers d’activité sexuelle » au sens où il faut entendre le par. 276(2). Les pistes d’investigation qu’il se proposait de suivre

complainant's sexual history, and the probative value was "speculative" at best (A.R., vol. I, at pp. 15-16). At trial, the trial judge held that he lacked the jurisdiction under s. 669.2 of the *Criminal Code* to revisit the application judge's ruling.

[104] We are all agreed that the application judge misapplied the admissibility criteria under s. 276 and further, that the trial judge erred in holding that he had no jurisdiction to reconsider the s. 276 ruling in light of the evidence adduced by the Crown. What divides us is not the proper application of the admissibility criteria under s. 276(2) in these circumstances, where we are in agreement with the majority, but the appropriate remedy for the errors of the application and trial judges.

[105] The majority finds that, notwithstanding the erroneous s. 276 ruling, any impact on trial fairness was of no moment because R.V. managed to effectively conduct the cross-examination that the ruling restricted. While the application judge adopted an "overly restrictive approach" to cross-examination, the majority would not order a new trial since "the scope of permissible cross-examination would not have been any broader than the questioning that actually occurred" and "nothing in the record, apart from speculation, suggests that the 15-year-old complainant was sexually active or even had a romantic partner at any time relevant to challenging the pregnancy evidence, despite cross-examination on both issues" (paras. 83 and 96). The majority therefore invokes the curative proviso (s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*) to restore R.V.'s conviction.

[106] We cannot agree. The errors in this case were not "harmless" or "minor". Nor was the evidence overwhelming. Indeed, one may get the impression

n'étaient rien de plus qu'une [TRADUCTION] « recherche à l'aveuglette » dans le comportement sexuel antérieur de la plaignante, et la valeur probante de ces éléments de preuve était tout au plus « conjecturale » (d.a., vol. I, p. 15-16). Au procès, le juge a conclu que l'art. 669.2 du *Code criminel* ne lui conférait pas compétence pour réexaminer la décision de la juge saisie de la demande.

[104] Nous sommes tous d'avis que la juge saisie de la demande a mal appliqué les critères d'admissibilité énoncés à l'art. 276 et que, en outre, le juge du procès a commis une erreur en concluant qu'il n'avait pas compétence pour réexaminer la décision fondée sur l'art. 276 à la lumière de la preuve présentée par le ministère public. Ce qui nous divise n'est pas l'application correcte des critères d'admissibilité prévus au par. 276(2) dans les présentes circonstances — au sujet de laquelle nous sommes d'accord avec les juges majoritaires —, mais concerne la réparation adéquate des erreurs de la juge saisie de la demande et du juge du procès.

[105] Les juges majoritaires concluent que, malgré la décision erronée fondée sur l'art. 276, l'effet éventuel de cette erreur sur l'équité du procès a été sans importance, parce que R.V. a réussi à mener le contre-interrogatoire que la décision l'empêchait de mener. Même si la juge saisie de la demande a adopté une « approche trop restrictive » du contre-interrogatoire, les juges majoritaires sont d'avis de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès, puisque « la portée d'un contre-interrogatoire admissible n'aurait pas été plus large que l'interrogatoire qui a effectivement eu lieu » et « rien dans le dossier, mis à part des conjectures, n'indique que la plaignante âgée de 15 ans était sexuellement active, ni même qu'elle avait un amoureux à quelque moment que ce soit qui serait pertinent pour contester la preuve de la grossesse, et ce, malgré un contre-interrogatoire sur ces deux questions » (par. 83 et 96). Les juges majoritaires invoquent donc la disposition réparatrice (sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*) pour rétablir la déclaration de culpabilité de R.V.

[106] Nous ne sommes pas d'accord. Les erreurs commises en l'espèce n'étaient pas « inoffensives » ou « négligeables ». La preuve n'était pas non plus

after reading the majority’s reasons that all R.V. was deprived of was the ability to ask two additional interrogatories (para. 88). But this is not so. While the immediate effect of the ruling was to prohibit R.V. from cross-examining the complainant on the *legitimate* theory that a different person was the cause of the complainant’s pregnancy, R.V. was deprived of much more than simply the opportunity to ask two additional interrogatories, or hear certain responses. He was denied *an entire process* of questioning. This had reverberating effects on all aspects of his defence that render the majority’s parsing of the transcript highly unpersuasive. Quite simply, as we cannot know what a witness will say in cross-examination, none of us can know the nature of the evidence R.V. may have elicited but for the erroneous s. 276 ruling. And that is what divides us.

#### I. The Curative Proviso

[107] We are mindful of the following general principles concerning the proviso. It is the Crown who must show that a conviction should stand despite a finding that there was an error of law. And as this Court has repeatedly held, the proviso can only be invoked where there is *no* reasonable possibility that the verdict would have been different had the error not been made (see *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *R. v. Sarrazin*, 2011 SCC 54, [2011] 3 S.C.R. 505, at para. 24; *R. v. Van*, 2009 SCC 22, [2009] 1 S.C.R. 716, at paras. 34-36).

[108] Unsurprisingly, then, the curative proviso is rarely (successfully) invoked, and applies where, and *only* where, the error is minor or harmless, or the evidence is overwhelming. These are, moreover, separate and distinct preconditions to the application of the proviso; “the seriousness of a trial judge’s error(s) is not balanced against the strength of the Crown’s case” (*R. v. Brown*, 2018 ONCA 481, 361 C.C.C. (3d) 510, at para. 77, citing *Sarrazin*, at paras. 22-28). In either circumstance, it is a high bar for the Crown to meet. We have repeatedly refused

accablante. De fait, on pourrait avoir l’impression, à la lecture des motifs des juges majoritaires, que R.V. n’a été privé que de la capacité de poser deux questions supplémentaires (par. 88). Mais il n’en est rien. Bien que l’effet immédiat de la décision était d’interdire à R.V. de contre-interroger la plaignante concernant la théorie *légitime* selon laquelle une autre personne était la cause de sa grossesse, R.V. a été privé de bien plus que de la simple possibilité de poser deux questions supplémentaires, ou d’entendre certaines réponses. Il a été privé d’*un processus complet* d’interrogatoire. Cette privation a eu des effets qui se sont répercutés sur tous les aspects de sa défense et qui rendent très peu convaincante l’analyse que font les juges majoritaires de la transcription. Dit simplement, puisqu’il est impossible de savoir ce que dira un témoin lors d’un contre-interrogatoire, aucun de nous ne peut connaître la nature de la preuve qu’aurait pu obtenir R.V., n’eût été la décision erronée fondée sur l’art. 276. Voilà ce qui nous divise.

#### I. La disposition réparatrice

[107] Nous sommes conscients des principes généraux suivants concernant la disposition réparatrice. Il incombe au ministère public de démontrer qu’il y a lieu de maintenir une déclaration de culpabilité en dépit d’une conclusion selon laquelle il y a eu une erreur judiciaire. De plus, comme la Cour l’a décidé à maintes reprises, la disposition réparatrice ne peut être invoquée que s’il n’existe *aucune* possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur (voir *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *R. c. Sarrazin*, 2011 CSC 54, [2011] 3 R.C.S. 505, par. 24; *R. c. Van*, 2009 CSC 22, [2009] 1 R.C.S. 716, par. 34-36).

[108] Il n’est donc pas surprenant que la disposition réparatrice soit rarement invoquée (avec succès) et qu’elle s’applique si, et *uniquement* si, l’erreur est négligeable ou inoffensive, ou lorsque la preuve est accablante. Il existe, en outre, des conditions préalables séparées et distinctes à l’application de la disposition; [TRADUCTION] « la gravité des erreurs du juge du procès n’est pas mise en balance avec la solidité de la preuve du ministère public » (*R. c. Brown*, 2018 ONCA 481, 361 C.C.C. (3d) 510, par. 77, citant *Sarrazin*, par. 22-28). Dans un

to lower the bar, even upon express invitation to do so, as was before us in *Sarrazin*.

[109] Here, no party argues that the evidence is overwhelming. The application of the proviso therefore turns on whether the erroneous s. 276 ruling was so minor or harmless that it could not have had an impact on the verdict.

[110] It is often difficult for an appellate court to speculate about how cross-examination might have affected the fact-finding process, had it not been unduly restricted. This is especially so where the Crown relies on circumstantial evidence (see LeBel J. dissenting, but not on this point, in *Sekhon*, at para. 88), as it did here with the evidence of pregnancy. And where (as here) a case involves not a single error at first instance, but *multiple* errors, the cumulative impact is assessed to determine whether such errors can truly be said to be minor or harmless (see *Brown*, at para. 75, citing *R. v. Bomberry*, 2010 ONCA 542, 267 O.A.C. 235, at para. 79; *R. v. Hill*, 2015 ONCA 616, 339 O.A.C. 90, at para. 102).

[111] The high bar on the proviso's use strongly affirms the need to safeguard the integrity of the criminal justice system from the risk of wrongful conviction. This risk looms large where there has been improper interference with the right of cross-examination, as the right to test the Crown's evidence through *relevant* cross-examination is guaranteed by both the common law and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a core element of the right to make full answer and defence (see *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 611-12; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. N.S.*, 2012 SCC 72, [2012] 3 S.C.R. 726, at para. 24; *R. v. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 593 A.R. 76, at para. 18; *Regina v. White* (1976), 1 Alta. L.R. (2d) 292, at p. 299). If an accused's right to test the Crown's evidence is irremediably impaired

cas comme dans l'autre, il s'agit d'un critère rigoureux auquel le ministère public doit satisfaire. Nous avons refusé à maintes reprises de l'assouplir, même lorsque nous avons été expressément invités à le faire, comme dans l'affaire *Sarrazin*.

[109] En l'espèce, personne ne plaide que la preuve est accablante. L'application de la disposition réparatrice dépend donc de la question de savoir si la décision erronée fondée sur l'art. 276 était à ce point négligeable ou inoffensive qu'elle n'a pu avoir un impact sur le verdict.

[110] Il est souvent difficile pour une cour d'appel de conjecturer sur la manière dont un contre-interrogatoire aurait pu avoir une incidence sur le processus de recherche des faits s'il n'avait pas été indûment restreint. Cela est particulièrement le cas lorsque le ministère public s'appuie sur une preuve circonstancielle (voir les motifs du juge LeBel, dissident, mais non sur ce point, dans *Sekhon*, par. 88), comme il l'a fait en l'espèce en ce qui concerne la preuve de grossesse. En outre, lorsque l'affaire (comme en l'espèce) porte non pas sur une seule erreur en première instance, mais sur de *multiples* erreurs, l'effet cumulatif est évalué afin d'établir si de telles erreurs peuvent véritablement être qualifiées de négligeables ou d'inoffensives (voir *Brown*, par. 75, citant *R. c. Bomberry*, 2010 ONCA 542, 267 O.A.C. 235, par. 79; *R. c. Hill*, 2015 ONCA 616, 339 O.A.C. 90, par. 102).

[111] Le critère rigoureux auquel il faut satisfaire pour appliquer la disposition réparatrice confirme avec vigueur le besoin de protéger l'intégrité du système de justice criminelle contre le risque d'une déclaration de culpabilité injustifiée. Ce risque occupe une place importante lorsqu'il y a eu une entrave indue au droit de contre-interroger un témoin, puisque le droit de vérifier la preuve du ministère public au moyen d'un contre-interrogatoire *pertinent* est garanti à la fois par la common law et par la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant qu'élément essentiel du droit de présenter une défense pleine et entière (voir *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 611-612; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. N.S.*, 2012 CSC 72, [2012] 3 R.C.S. 726, par. 24; *R. c. Schmaltz*, 2015 ABCA 4, 593 A.R. 76, par. 18; *Regina c. White*

through an inability to challenge a crucial part of the case against them, it will be inappropriate to invoke or apply the proviso (*R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193, at paras. 69-70, citing *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, at p. 144; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, at p. 311; see also *R. v. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162, at para. 215).

## II. The Importance of Cross-Examination to a Fair Trial

[112] As a general rule, an accused has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word *as long as that right is not abused* (see *Lyttle*, at paras. 44 and 70). And we stress that this is *not* a case about an abusive cross-examination. While we share the majority's concern that this area of cross-examination can fall into abuse if it is not tightly controlled by all actors in the courtroom (see also Binnie J. in *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at paras. 121-22), here we all agree with Paciocco J.A.: R.V.'s proposed cross-examination of the complainant as to the cause of the pregnancy pertained to evidence that was relevant and had significant probative value that was not outweighed by substantial prejudice under s. 276 (2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696).

[113] We turn first to the majority's treatment of the cross-examination that actually did occur in this case. We disagree entirely as to whether *meaningful* cross-examination occurred, so as to support the conclusion that nothing would have changed had R.V. been able to pursue the inquiries the s. 276 ruling restricted. This appears to resurrect the very error that we all agree the application judge made (majority reasons, at para. 62, adopting Court of Appeal reasons, at para. 64): equating the probative value of cross-examination with its probability of success in eliciting the evidence sought (or equating

(1976), 1 Alta. L.R. (2d) 292, p. 299). Si l'incapacité de contester une partie cruciale de la preuve présentée contre lui a eu pour effet de porter irrémédiablement atteinte au droit de l'accusé de vérifier la preuve du ministère public, il sera inopportun d'invoquer ou d'appliquer la disposition réparatrice (*R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S. 193, par. 69-70, citant *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, p. 144; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310, p. 311; voir également *R. c. Borden*, 2017 NSCA 45, 349 C.C.C. (3d) 162, par. 215).

## II. L'importance du contre-interrogatoire pour l'équité d'un procès

[112] En règle générale, l'accusé a le droit de contre-interroger les témoins, et ce, au sens le plus complet et le plus large du terme, *pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit* (voir *Lyttle*, par. 44 et 70). Nous insistons pour dire que la présente affaire *n'en est pas* une où il est question d'un contre-interrogatoire abusif. Même si, à l'instar de nos collègues majoritaires, nous reconnaissons qu'un contre-interrogatoire en pareille matière risque de devenir abusif s'il n'est pas rigoureusement contrôlé par tous les acteurs dans la salle d'audience (voir également les motifs du juge Binnie dans *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 121-122), ici, nous sommes tous d'accord avec le juge Paciocco pour dire que le contre-interrogatoire de la plaignante que se proposait de faire R.V. quant à la cause de la grossesse avait trait à une preuve qui était pertinente et dont le risque d'effet préjudiciable grave ne l'emportait pas sur sa valeur probante importante, comme l'exige l'art. 276 (2018 ONCA 547, 141 O.R. (3d) 696).

[113] Nous nous penchons d'abord sur l'analyse que font les juges majoritaires quant au contre-interrogatoire qui a effectivement été mené en l'espèce. Nous sommes entièrement en désaccord sur la question de savoir si un contre-interrogatoire *utile* a eu lieu, de telle sorte que serait étayée la conclusion selon laquelle rien n'aurait changé si R.V. avait pu poser les questions qu'il a été empêché de poser par la décision fondée sur l'art. 276. Cela semble faire renaître l'erreur qu'à commise, à notre avis unanime, la juge saisie de la demande (motifs des juges majoritaires, par. 62, adoptant les motifs de

the right of cross-examination with “the certainty of result”). But this view of cross-examination reduces it to nothing more than a checklist of topics, where the relevance of questioning is contingent on the examiner’s ability to know, in advance, the responses of the opposing witness. And this impoverished view of cross-examination has long ago been rejected by this Court.

[114] We therefore do not accept that R.V. was denied merely the ability to ask two additional questions, or hear two further responses, as the majority suggests. Rather, he was denied *an entire process* of questioning. This denial impacted all aspects of his defence at trial in ways that cannot be accounted for by the majority’s strained parsing of the transcript. As we will explain, cross-examination is an organic process — each answer potentially affecting the cross-examiner’s bearing — rather than a (mechanistic) checklist of topics, and, as such, none of us can know whether a properly designed cross-examination culminating in a series of questions (which, again, we all agree should have been permitted) would have elicited evidence favourable to R.V.’s case. Cross-examination, after all, is not canvassed in torpor.

[115] Of even more fundamental concern to us is that the majority’s reasoning is inconsistent with how this Court has (traditionally) regarded the effects of improper interference with the right of cross-examination on the fairness of a criminal trial. The leading decision of this Court is *Lyttle*. Although distinguishable on its facts and not a case involving the application of s. 276, the legal issue in *Lyttle* — the effect an improperly constrained cross-examination has on the fairness of an accused’s trial — bears striking similarity to the case at bar. We therefore recount the reasoning in that case at some length, focusing on two of its foremost principles that bear

la Cour d’appel, par. 64) : soit assimiler la valeur probante du contre-interrogatoire à la probabilité qu’il permette d’obtenir la preuve recherchée (ou assimiler le droit au contre-interrogatoire à « la certitude du résultat »). Or, cette façon de voir le contre-interrogatoire le réduit à rien de plus qu’une liste de sujets et fait dépendre la pertinence des questions de la capacité de la personne qui interroge de connaître, à l’avance, les réponses du témoin de la partie adverse. En outre, cette approche appauvrie du contre-interrogatoire a été rejetée par la Cour il y a longtemps.

[114] Nous ne pouvons donc pas accepter que R.V. a uniquement été empêché de poser deux questions supplémentaires, ou d’entendre deux réponses de plus, comme le suggèrent nos collègues majoritaires. Il a plutôt été privé *du processus complet* d’interrogatoire. Cette privation a eu une incidence sur tous les aspects de sa défense au procès d’une façon qui ne peut pas être prise en compte dans l’analyse minutieuse inadéquate de la transcription que font nos collègues. Comme nous l’expliquerons, le contre-interrogatoire est un processus dynamique — chaque réponse étant susceptible d’avoir une incidence sur la direction que poursuit celui qui interroge — plutôt qu’une liste (figée) de sujets et, en conséquence, aucun de nous ne peut savoir si un contre-interrogatoire conçu adéquatement se terminant par une série de questions (qui, encore une fois, auraient dû être permises selon notre avis unanime) aurait mis en lumière des éléments de preuve favorables à la défense de R.V. Après tout, il n’est pas possible de mener machinalement un contre-interrogatoire.

[115] Ce qui constitue une préoccupation encore plus fondamentale pour nous, c’est que le raisonnement des juges majoritaires est incompatible avec l’analyse que la Cour a faite (traditionnellement) des effets d’une intervention inadmissible à l’égard du droit à un contre-interrogatoire sur l’équité d’un procès criminel. L’arrêt de principe de la Cour à cet égard est l’arrêt *Lyttle*. Bien qu’il soit possible d’établir une distinction entre l’espèce et les faits de l’affaire *Lyttle* et qu’il n’était pas question dans cette affaire de l’application de l’art. 276, la question de droit traitée dans cet arrêt — soit l’effet qu’a un contre-interrogatoire indûment restreint sur l’équité

on the question of whether to invoke the curative proviso in this appeal: (1) a manifestly constrained cross-examination has a prejudicial impact on an accused's ability to control his or her defence and on the fairness of their trial; and (2) an accused's fair trial rights include not just the *fact* of cross-examination, but also control over the *rhythm* of cross-examination.

[116] In *Lyttle*, the victim was found severely beaten. He told police that this was the result of a dispute over a gold chain. Police did not believe him, speculating that he was more likely beaten up as a result of a drug debt gone bad. But the victim denied this, and police came around to his account that it occurred over a gold chain. At trial, Mr. Lyttle's counsel was prohibited from putting suggestions to Crown witnesses that the beating occurred over the initial police theory, a drug debt gone bad, which would have been exculpatory evidence favouring Mr. Lyttle, unless counsel intended to *prove* the factual basis for the suggestion. She was unable to do so, *absent cross-examination of Crown witnesses*, and Mr. Lyttle was convicted in the beating of the victim.

[117] Before this Court, the legal issue was whether an accused person must have a good faith basis, or a stricter, evidentiary foundation, to cross-examine a Crown witness on a particular matter at issue. In other words, is an accused person limited to questioning witnesses on matters that can be confirmed through other means? This Court answered in the negative. It was found that a question can be put to a witness in cross-examination regarding matters that need not be proved independently, provided that the examiner has a good faith basis for putting the question to the witness. It was observed that it is not uncommon for an examiner to believe what is in

du procès d'un accusé — comporte des similitudes frappantes avec la présente affaire. Nous reprenons donc passablement en détail le raisonnement énoncé dans cet arrêt. Nous le faisons en mettant l'accent sur deux des principes fondamentaux qu'il énonce et qui concernent la question de savoir s'il faut invoquer la disposition réparatrice dans le présent pourvoi : (1) un contre-interrogatoire qui a été manifestement restreint a un effet préjudiciable sur la capacité de l'accusé de contrôler sa défense et sur l'équité de son procès; et (2) les droits de l'accusé lui garantissant un procès équitable comprennent non seulement le *fait* qu'il y ait un contre-interrogatoire, mais aussi le contrôle sur le *rythme* de celui-ci.

[116] Dans *Lyttle*, la victime a été retrouvée sauvagement battue. Elle a dit aux policiers qu'elle avait été battue à la suite d'un différend à propos d'une chaîne en or. Les policiers ne l'ont pas crue, conjecturant qu'elle avait plus vraisemblablement été battue à propos d'une dette de drogue qui avait mal tourné. La victime a toutefois nié cette thèse et les policiers ont fini par admettre son récit selon lequel l'agression avait eu lieu à propos d'une chaîne en or. Au procès, on a interdit à l'avocate de M. Lyttle de soumettre aux témoins à charge l'hypothèse selon laquelle l'agression s'était produite conformément à la thèse de départ des policiers — à savoir une dette de drogue qui avait mal tourné — qui aurait constitué une preuve disculpatoire favorable à M. Lyttle, à moins qu'elle eût l'intention de *prouver* les faits sur lesquels l'hypothèse s'appuyait. Elle a été incapable de le faire, *faute d'avoir contre-interrogé les témoins à charge*, et M. Lyttle a été déclaré coupable d'avoir battu la victime.

[117] Devant la Cour, la question de droit était celle de savoir si l'accusé devait être de bonne foi, ou s'il lui fallait des éléments de preuve plus rigoureux au soutien du contre-interrogatoire, pour contre-interroger un témoin à charge sur un point particulier en cause. Autrement dit, il s'agissait de savoir si l'accusé est limité à interroger les témoins uniquement sur des points qui peuvent être confirmés par d'autres moyens. La Cour a répondu par la négative. Elle a conclu qu'il est possible de contre-interroger un témoin sur des points qui n'ont pas besoin d'être prouvés indépendamment, pourvu que celui qui interroge soit de bonne foi lorsqu'il pose ses questions au

fact true, without being able to prove it *other than by cross-examination*. The risk is that if the examiner gets a denial or some answer that does not suit them, the answer stands against them in evidence (*Fox v. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017, at p. 1023, per Lord Radcliffe, cited in *Lyttle*, at para. 49).

[118] This Court went on to conclude that the trial judge had improperly interfered with Mr. Lyttle’s right to cross-examine the Crown witnesses, having placed unwarranted conditions on legitimate lines of questioning. On whether to invoke the curative proviso, the Court had little difficulty finding that a substantial wrong occurred and an unfair trial resulted, even though nothing on the record suggested that the beating occurred over a drug debt gone bad. Further, the evidence against Mr. Lyttle was compelling: the victim had identified Mr. Lyttle as his “unmasked” attacker in a photographic line-up. Nevertheless, the Court chose not to invoke the proviso, for reasons — and it is this point that the majority does not answer — that a manifestly constrained cross-examination strikes at the heart of the accused’s ability to control his or her defence and on the fairness of their trial, and that, where fair trial rights have been infringed, the appeal should run its natural course.

[119] We pull from *Lyttle* that:

Cross-examination may often be futile and sometimes prove fatal, but it remains nonetheless a faithful friend in the pursuit of justice and an indispensable ally in the search for truth. At times, there will be no other way to expose falsehood, to rectify error, to correct distortion or to elicit vital information that would otherwise remain forever concealed.

That is why the right of an accused to cross-examine witnesses for the prosecution — without significant and unwarranted constraint — is an essential component of the right to make full answer and defence. [Emphasis in original; paras. 1-2.]

témoin. La Cour a fait remarquer qu’il n’est pas inhabituel que celui qui interroge prête foi à un fait qui est effectivement vrai, sans qu’il soit capable d’en faire la preuve *autrement que par un contre-interrogatoire*. Il court toutefois le risque qu’une dénégation ou une réponse qui ne lui convient pas joue contre lui pour ce qu’elle vaut (*Fox c. General Medical Council*, [1960] 1 W.L.R. 1017, p. 1023, motifs du lord Radcliffe, cité dans *Lyttle*, par. 49).

[118] La Cour a ensuite conclu que le juge du procès avait limité irrégulièrement le droit de M. Lyttle de contre-interroger les témoins à charge, ayant subordonné des séries de questions légitimes à des conditions injustifiées. Sur la question de l’opportunité d’invoquer la disposition réparatrice, la Cour a conclu sans difficulté qu’un tort important avait été causé et qu’un procès inéquitable en avait résulté, même si rien dans le dossier n’indiquait que l’agression avait eu lieu à propos d’une dette de drogue qui avait mal tourné. De plus, la preuve contre M. Lyttle était convaincante : la victime avait identifié M. Lyttle comme son agresseur « non masqué » lors d’une séance d’identification photographique. Néanmoins, la Cour a choisi de ne pas invoquer la disposition, au motif — et c’est à cet élément que les juges majoritaires ne répondent pas — qu’un contre-interrogatoire manifestement restreint porte directement atteinte à la capacité de l’accusé de contrôler sa défense ainsi qu’à l’équité de son procès, et que lorsqu’il y a eu atteinte aux droits à un procès équitable, l’appel devrait suivre son cours normal.

[119] Nous retenons ce qui suit de l’arrêt *Lyttle* :

Bien que le contre-interrogatoire puisse souvent s’avérer futile et parfois se révéler fatal, il demeure néanmoins un ami fidèle dans la poursuite de la justice ainsi qu’un allié indispensable dans la recherche de la vérité. Dans certains cas, il n’existe en effet aucun autre moyen de mettre au jour des faussetés, de rectifier une erreur, de corriger une distorsion ou de découvrir un renseignement essentiel qui, autrement, resterait dissimulé à jamais.

Voilà pourquoi le droit de l’accusé de contre-interroger les témoins à charge — sans se voir imposer d’entraves importantes et injustifiées — est un élément essentiel du droit à une défense pleine et entière. [Souligné dans l’original; par. 1-2.]

Put simply, meaningful cross-examination cannot be undertaken if its scope is manifestly constrained.

[120] But *Lyttle* also draws attention to the *rhythm* of cross-examination as an essential aspect of an accused's fair trial rights, and not just the *fact* of cross-examination. Again, cross-examination is not so much a *series of questions* as a *process of questioning*. Recall that in *Lyttle*, the same argument was made by the Court of Appeal for Ontario as the majority makes here: while the trial judge wrongly interfered with the cross-examination of Crown witnesses, counsel effectively got to ask the questions anyway. But this line of reasoning was rejected at this Court where it was noted that, regardless of the fact that the evidence prohibited through cross-examination was effectively canvassed in direct examination of the witnesses, the ruling had an intimidating effect on defence counsel, disrupted the rhythm of her cross-examination, and placed conditions on a legitimate line of questioning (paras. 3 and 71). Further, unduly restricting Mr. Lyttle's cross-examination had downstream effects on the fairness of the trial, as Mr. Lyttle had to call Crown witnesses as his own, and therefore gave up his right to address the jury last.

[121] The Court's reasoning reflects the fact that cross-examination is an organic process that cannot be considered in isolated pieces. It consists of more than a single question or series of questions. Indeed, it typically consists of a process of questioning in which skilled counsel seek to elicit things that are not immediately apparent that, within strict bounds, tests the credibility of a witness. The *rhythm* of cross-examination involves putting careful questions to a witness that are designed to explore bit by bit the nature and extent of that witness's knowledge. Cross-examination is effective only where it is permitted to proceed step by step towards the ultimate point, where the cross-examiner can pose the final question (or questions), knowing by that time what the answer(s) will be, having regard to the earlier evidence elicited (see G. D. E. Adair, *On Trial: Advocacy Skills, Laws and Practice* (2nd ed. 2004), at p. 333).

Pour dire les choses simplement, il n'est pas possible de mener un contre-interrogatoire utile si sa portée est manifestement restreinte.

[120] Cela dit, l'arrêt *Lyttle* met aussi en lumière la question du *rythme* du contre-interrogatoire et affirme qu'il s'agit d'un aspect essentiel des droits de l'accusé à un procès équitable, qui ne se limitent pas à la *tendue* d'un contre-interrogatoire. Encore une fois, un contre-interrogatoire n'est pas tant une *série de questions* qu'un *processus d'interrogatoire*. Il ne faut pas oublier que dans *Lyttle*, la Cour d'appel de l'Ontario avait appliqué le même argument que celui que font valoir nos collègues majoritaires en l'espèce : soit que même si le juge du procès a entravé à tort le contre-interrogatoire des témoins à charge, l'avocate a pu poser les questions. Or, la Cour a rejeté ce raisonnement lorsqu'elle a fait remarquer que, indépendamment du fait que des éléments de preuve interdits en contre-interrogatoire ont effectivement été examinés en interrogatoire principal, la décision a eu un effet inhibiteur sur l'avocate de la défense, a perturbé le rythme de son contre-interrogatoire et a subordonné une série de questions légitime à des conditions (par. 3 et 71). Qui plus est, le fait de restreindre indûment le contre-interrogatoire de M. Lyttle a eu des effets en aval sur l'équité du procès, puisqu'il a dû appeler des témoins à charge comme témoins à décharge, renonçant ainsi à son droit de s'adresser au jury en dernier.

[121] Le raisonnement de la Cour tient compte du fait que le contre-interrogatoire est un processus dynamique, qui ne saurait être examiné par bribes isolées. Il ne se limite donc pas à une seule question ou série de questions. De fait, il consiste généralement en un processus d'interrogatoire par lequel l'avocat compétent cherche à obtenir des choses qui ne sont pas immédiatement apparentes et qui, à l'intérieur de balises strictes, permet de vérifier la crédibilité d'un témoin. Le *rythme* d'un contre-interrogatoire consiste à poser à un témoin des questions judiciaires conçues pour explorer, peu à peu, la nature et l'étendue de la connaissance de ce témoin. Un contre-interrogatoire n'est efficace que s'il peut se dérouler étape par étape vers le point ultime où celui qui contre-interroge peut poser la question ultime (ou les questions ultimes), sachant à ce moment-là quelle sera sa réponse (ou quelles seront ses réponses),

This means that, when cross-examination is unduly constrained, the effects on the fairness of the trial will often reverberate beyond, and cannot be fully appreciated by parsing, the particular words in a transcript.

[122] In other words, effective cross-examination does not depend merely on *what* is asked, but also *how* it is asked. To repeat, in pursuing cross-examination, skilled counsel engage the witness in a process that culminates in a final inquiry, where the answers to all of the previous inquiries, taken together, reveal the examiner's theory or point. It is only *after* all of the evidence has been elicited following cross-examination that facts can be found and credibility assessments can be made. It flows logically that where the examiner knows from the outset that a particular line of inquiry cannot be explored, this will necessarily have an impact on the *rhythm* of the cross-examination, and the examiner is likely to adjust the main theory or point of their cross-examination as a result. That was likely the case here.

[123] It is for this reason that cross-examination cannot be unduly restricted. It is not sufficient for the examiner to get 90 percent of the way through a line of questioning. That 90 percent may have no purpose or relevance at all if the examiner cannot get to the final 10 percent. Relatedly, only being able to ask a single question, or a final 10 percent, without being able to first lay out the foundation, cannot be said to fulfill an accused's constitutionally protected right of cross-examination either. Safeguarding sufficient control over the *rhythm* of cross-examination ensures we do not imprison a person in his or her privileges and call it the *Charter* (we borrow from the language of Frankfurter J., in *Adams v. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942), at p. 280).

compte tenu des éléments de preuve obtenus antérieurement (voir G. D. E. Adair, *On Trial : Advocacy Skills, Laws and Practice* (2<sup>e</sup> éd. 2004), p. 333). Cela signifie que, lorsque le contre-interrogatoire est indûment restreint, les effets sur l'équité du procès se répercutent souvent au-delà des mots précis qui figurent dans la transcription et ne peuvent être pleinement pris en compte lors de l'analyse de ces mots.

[122] Autrement dit, l'efficacité d'un contre-interrogatoire ne dépend pas uniquement du *contenu* des questions posées au témoin, mais aussi de la *manière* dont elles lui sont posées. Nous le répétons, en menant un contre-interrogatoire, l'avocat compétent engage le témoin dans un processus qui aboutit à une ultime question, où les réponses à toutes les questions déjà posées, prises ensemble, révèlent la thèse ou l'élément que veut établir celui qui interroge. Ce n'est qu'*après* que tous les éléments de preuve ont été obtenus par suite du contre-interrogatoire que les faits peuvent être constatés et les évaluations de la crédibilité peuvent être menées à bien. Il s'ensuit logiquement que lorsque celui qui interroge sait d'emblée qu'il ne peut pas poser certaines questions, cela a nécessairement une incidence sur le *rythme* du contre-interrogatoire. Il est en outre probable que celui qui interroge ajuste en conséquence la thèse ou l'élément principal qu'il entend établir par son contre-interrogatoire. C'est vraisemblablement ce qui s'est produit en l'espèce.

[123] C'est pour cette raison que le contre-interrogatoire ne peut pas être indûment restreint. Il ne suffit pas que celui qui interroge obtienne 90 p. 100 de ce qu'il cherche en posant une série de questions. Il est possible que ces 90 p. 100 n'aient aucune raison d'être ou pertinence si celui qui interroge ne parvient pas à obtenir les derniers 10 p. 100. Dans le même ordre d'idées, on ne saurait prétendre que l'accusé qui n'a pu poser qu'une seule question, c'est-à-dire les derniers 10 p. 100, sans avoir pu d'abord établir le fondement factuel pertinent, s'est vu respecter son droit protégé par la Constitution de contre-interroger le témoin. En garantissant que celui qui interroge conserve un contrôle suffisant du *rythme* du contre-interrogatoire, on évite d'enchaîner une personne à ses privilèges et de qualifier cela de *Charte* (nous empruntons les propos tenus par le juge Frankfurter dans *Adams c. United States ex rel. McCann*, 317 U.S. 269 (1942), p. 280).

[124] But we wish to make clear that a cross-examination that is not unduly restricted does not mean a cross-examination that is boundless, and nothing in *Lyttle* or in our s. 276 jurisprudence suggests otherwise. *Lyttle* makes clear that the examiner must have a good faith basis for putting questions to a Crown witness and, as the majority notes, Parliament has specifically legislated limits on questioning related to a complainant's sexual history into the *Criminal Code*. While, therefore, trial judges always ensure that counsel "[are] not merely taking a random shot at a reputation imprudently exposed or asking a groundless question to waft an unwarranted innuendo into the jury box" (*Lyttle*, at para. 51, citing from *Michelson v. United States*, 335 U.S. 469 (1948), at p. 481), cross-examination is even more narrowly constrained by the evidentiary corral built by the admissibility criteria in s. 276(2); inferences that, by operation of s. 276(1), will never be relevant; and by the common law principles enunciated in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. When an examiner exceeds those bounds created by s. 276 or the common law, the examiner is no longer asking questions in good faith, and therefore any evidence elicited as a result of those inquiries is inadmissible and should be immediately disregarded.

[125] But in the case at bar, we repeat: the proposed inquiries *would not* have contravened s. 276 or the common law principles from *Seaboyer* and there was a good faith basis for putting the questions to the complainant. While, therefore, we agree that, "the circumstances of this case warranted tightly controlled questioning of the complainant" (majority reasons, at para. 88), our point of disagreement is this: the questioning that did occur at R.V.'s trial was *not* a fair substitute for what the erroneous ruling restricted. The majority's whittling down of any error to a deprivation of two interrogatories represents in our respectful view an unfortunate obfuscation of this Court's previously clear emphasis on the importance of an accused person exercising sufficient control and rhythm over the entire cross-examination

[124] Nous souhaitons toutefois énoncer clairement qu'un contre-interrogatoire qui n'est pas indûment restreint ne consiste pas en un contre-interrogatoire illimité, et que rien dans l'arrêt *Lyttle* ou dans la jurisprudence de la Cour sur l'art. 276 ne suggère le contraire. L'arrêt *Lyttle* affirme sans contredit que l'avocat qui contre-interroge un témoin à charge doit agir de bonne foi lorsqu'il pose ses questions. D'ailleurs, comme le font remarquer nos collègues majoritaires, le législateur a expressément prévu dans le *Code criminel* des limites aux questions qui peuvent être posées sur le comportement sexuel antérieur d'une plaignante. Même si le juge du procès doit donc toujours s'assurer que [TRADUCTION] « l'avocat ne se contente pas simplement d'attaquer à l'aveuglette une réputation imprudemment compromise ou de poser une question non fondée afin de lancer une insinuation injustifiée à l'intention des jurés » (*Lyttle*, par. 51, citant *Michelson c. United States*, 335 U.S. 469 (1948), p. 481), le contre-interrogatoire est encore plus restreint par la barrière en matière de preuve érigée par les critères d'admissibilité prévus au par. 276(2); par les inférences qui, du fait du par. 276(1), ne seront jamais pertinentes; et par les principes de common law énoncés dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Lorsque celui qui interroge dépasse ces limites fixées par l'art. 276 ou par la common law, il n'est plus de bonne foi et tout élément de preuve obtenu par suite de ses questions est donc inadmissible et doit être immédiatement rejeté.

[125] Cela dit, rappelons que, en l'espèce, les questions proposées *n'auraient pas* contrevenu à l'art. 276 ou aux principes de common law énoncés dans l'arrêt *Seaboyer* et que les questions posées à la plaignante l'ont été de bonne foi. Nous convenons certes que « [l]es circonstances de l'espèce justifiaient [. . .] un interrogatoire de la plaignante rigoureusement contrôlé » (motifs des juges majoritaires, par. 88). Notre point de discordance est donc le suivant : l'interrogatoire qui a eu lieu lors du procès de R.V. *n'était pas* un substitut adéquat pour ce qu'a interdit la décision erronée. Le fait que, selon nos collègues, toute erreur se réduise à une restriction empêchant R.V. de poser deux questions représente à notre avis un regrettable faux-fuyant de l'accent que la Cour avait clairement mis sur l'importance

strategy, from the lines of inquiry chosen to the order in which questions are asked. All of this was cast aside in R.V.'s trial when he was prevented from putting to the complainant a series of questions that we all agree should have been permitted.

### III. The Restriction on Cross-Examination Was Not a Minor or Harmless Error

[126] The foregoing explains why we cannot accept that there was *meaningful* cross-examination so as to support the majority's conclusion that there is no reasonable possibility that the verdict could have been different had the errors in this case not been made. It follows that the error in the s. 276 ruling cannot be said to be "minor" or "harmless" when, as submitted by the Criminal Lawyers' Association of Ontario, at its core it allowed the Crown to claim for itself the right to adduce evidence of a pregnancy as incriminatory of the accused, while insisting that the accused should be barred by the language of s. 276(2) from challenging the very evidence relied on by the Crown (I.F., Criminal Lawyers' Association of Ontario, at p. 7).

[127] It does not follow that R.V. coming close to what he would have been allowed to ask following a proper s. 276 ruling means that the error did not meaningfully impact his *actual* trial. Such an application can only water down the proviso, because it strains common sense for an appellate court to conclude that it knows with certainty what evidence would have been adduced, or what effects such evidence would have had on the trial judge's assessment of the witnesses, had no such errors been made at trial. None of us can confidently say whether, had R.V. been able to effectively challenge the cause of the pregnancy, he would have elicited something that was sufficient to raise a doubt. This illustrates the importance of cross-examination: it is sometimes *the*

qu'un accusé exerce un contrôle suffisant sur le rythme de l'ensemble du contre-interrogatoire et sur les pistes d'interrogatoire choisies, jusqu'à l'ordre dans lequel les questions sont posées. Tout cela a été mis de côté lors du procès de R.V. lorsqu'il n'a pu poser à la plaignante une série de questions qui, nous en convenons unanimement, auraient dû être permises.

### III. La restriction du contre-interrogatoire n'était pas une erreur négligeable ou inoffensive

[126] Dans les paragraphes qui précèdent, nous avons expliqué les raisons pour lesquelles nous ne pouvons accepter qu'il y aurait eu un contre-interrogatoire *utile*, ce qui étayerait la conclusion de nos collègues voulant qu'il n'y ait aucune possibilité raisonnable que le verdict aurait été différent si les erreurs commises en l'espèce ne l'avaient pas été. Il s'ensuit que l'erreur commise dans la décision fondée sur l'art. 276 ne peut être décrite comme étant « négligeable » ou « inoffensive » dans la mesure où, comme l'a plaidé la Criminal Lawyers' Association of Ontario, essentiellement, cette décision permettait au ministère public de revendiquer pour lui-même le droit de présenter la preuve de la grossesse comme incriminant l'accusé, tout en insistant pour que l'accusé soit empêché, aux termes du par. 276(2), de contester cette même preuve sur laquelle se fondait le ministère public (m.i., Criminal Lawyers' Association of Ontario, p. 7).

[127] Ce n'est pas parce que R.V. est presque parvenu à poser les questions qu'il aurait été autorisé à poser si la décision fondée sur l'art. 276 avait été juste que l'erreur n'a pas eu une incidence significative sur le procès qu'il a *effectivement* subi. Une telle application a forcément pour effet d'affaiblir la disposition réparatrice, parce que ce serait faire preuve de naïveté pour une cour d'appel de conclure qu'elle sait avec certitude quelle preuve aurait été obtenue, ou quels effets cette preuve aurait eus sur l'évaluation des témoins par le juge du procès, si de telles erreurs n'avaient pas été commises au procès. Nul ne peut affirmer en toute confiance savoir si, dans l'hypothèse où R.V. avait pu contester efficacement la cause de la grossesse, il aurait obtenu

only way to elicit evidence that is often not apparent at the outset.

[128] The erroneous s. 276 ruling had ricochet effects. As Paciocco J.A. noted (C.A. reasons, at para. 122), the trial judge's error in believing he could not re-visit the s. 276 ruling rendered future meritorious applications to reconsider futile, which likely would have had an intimidating effect on defence counsel's ability to respond effectively (see *Lyttle*, at para. 7) as evidence was elicited during the trial that required a reconsideration of the ruling. We accept Paciocco J.A.'s assessment (at para. 110) that counsel was functionally powerless to do anything about it. We note that, invariably, R.V. would have pursued a different trial strategy had he been permitted to directly challenge the evidence led by the Crown. For instance, R.V.'s decision to testify in this case would likely have been impacted by the ruling. Had R.V. been able to pursue the inquiries prohibited by the ruling, he may not have testified at all. There are simply too many variables that flowed from the erroneous s. 276 ruling for an appellate court to comfortably invoke the proviso.

[129] Overall, the majority's parsing of the transcript, and its reduction of any errors to a mere limit on R.V.'s ability to ask two particular interrogatories, provide little comfort. The majority effectively treats R.V.'s trial as if it was error-free, which it certainly was not. The application judge misapplied *all three* statutory criteria under s. 276(2).<sup>5</sup> And to repeat, her ruling deprived R.V. of his right to proceed step by step through the *process* of cross-

<sup>5</sup> We note that on December 13, 2018, s. 276(2) was amended to include a *fourth* admissibility criteria: evidence of a complainant's sexual history cannot be adduced by the accused for the purposes of drawing on inferences prohibited by s. 276(1). Moving forward, judges considering an application by the accused to adduce sexual history evidence must consider whether the accused has met all four criteria for admissibility under s. 276(2).

quelque chose qui aurait suffi pour soulever un doute. Cela illustre l'importance du contre-interrogatoire : il s'agit parfois de *la seule façon* d'obtenir des éléments de preuve qui, dans bien des cas, ne sont pas du tout apparents au départ.

[128] La décision erronée fondée sur l'art. 276 a eu un effet domino. Comme l'a fait remarquer le juge Paciocco (motifs de la C.A., par. 122), l'erreur du juge du procès de croire qu'il ne pouvait pas revenir sur la décision fondée sur l'art. 276 a rendu futiles de futures demandes fondées de réexamen. Cela a probablement eu un effet intimidant sur la capacité de l'avocat de la défense de répondre efficacement (voir *Lyttle*, par. 7), puisque des éléments de preuve présentés au procès exigeaient que la décision fasse l'objet d'un nouvel examen. Nous souscrivons à l'évaluation du juge Paciocco (par. 110) selon laquelle l'avocat était fonctionnellement impuissant à agir à cet égard. Nous constatons que R.V. aurait inmanquablement poursuivi une autre stratégie au procès si on lui avait permis de contester directement la preuve présentée par le ministère public. Par exemple, la décision de la juge a vraisemblablement eu une incidence sur la décision de R.V. de témoigner au procès. S'il avait pu poser les questions interdites par la décision de la juge, il est possible qu'il n'eût pas témoigné du tout. Il y a tout simplement trop de variables qui ont découlé de la décision erronée fondée sur l'art. 276 pour qu'une cour d'appel puisse aisément invoquer la disposition réparatrice.

[129] Dans l'ensemble, l'analyse de la transcription par les juges majoritaires, et le fait qu'ils aient réduit toute erreur à une simple limite à la capacité de R.V. de poser deux questions précises, ne procurent que bien peu de réconfort. Dans les faits, ils traitent le procès de R.V. comme s'il n'avait comporté aucune erreur, ce qui n'a certainement pas été le cas. La juge saisie de la demande a mal appliqué *les trois* critères prévus au par. 276(2)<sup>6</sup>. Nous le répétons, sa décision

<sup>6</sup> Nous précisons que, le 13 décembre 2018, le par. 276(2) a été modifié pour qu'y soit inclus un *quatrième* critère d'admissibilité : la preuve du comportement sexuel antérieur d'un plaignant ne peut être présentée par l'accusé pour que soient tirées les inférences interdites par le par. 276(1). Depuis, le juge saisi d'une demande de l'accusé en vue de la présentation d'une preuve d'un comportement sexuel antérieur doit se demander si l'accusé a satisfait aux quatre critères d'admissibilité énumérés au par. 276(2).

examination leading to the final question (or questions).

[130] The majority sees no harm in any of this, since other lines of questioning could have been pursued (para. 92). But, and with respect, the fruitfulness of such other lines of questioning was contingent on the possibility that those lines of questioning might culminate in questions that could undermine the probative value of the pregnancy. And the application judge’s erroneous s. 276 ruling *foreclosed this possibility*, meaning that R.V.’s cross-examination strategy would still have had to be adjusted accordingly. The point is that, but for the application judge’s errors, R.V.’s entire cross-examination may well have been different.

#### IV. The Relevance of the Evidentiary Record to the Application of the Proviso

[131] This brings us to the majority’s treatment of the evidentiary record, where the majority says, notwithstanding the restriction on cross-examination, we *do* know what evidence R.V. would have elicited, based on evidence elicited when trial counsel “skirt[ed] the [s. 276] ruling” (C.A. reasons, at para. 91), and suggested to the complainant that she was not a virgin at the time of the alleged assault. We note parenthetically, as Paciocco J.A. observed, that trial counsel was restricted from probing her answers or engaging in any other interrogatories based on her responses. Nonetheless, the majority would apply the proviso because, in its view, this shows that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different but for the application judge’s errors.

[132] We have several objections to this approach.

[133] First, we question the majority’s choice to invoke the proviso on the basis of evidence that was inadmissible in R.V.’s trial (given the erroneous s. 276 ruling) and ought to have been immediately disregarded by the trial judge. It is trite to observe

a privé R.V. de son droit de procéder étape par étape tout au long du *processus* de contre-interrogatoire menant à la question ou aux questions ultimes.

[130] Nos collègues majoritaires ne voient rien de mal à tout cela, car d’autres pistes d’investigation auraient pu être suivies (par. 92). Soit dit en tout respect, la fécondité de ces autres pistes d’investigation dépendait de la possibilité qu’elles puissent aboutir à des questions susceptibles de miner la valeur probante de la grossesse. Or, la décision erronée de la juge saisie de la demande fondée sur l’art. 276 *éliminait cette possibilité*, ce qui signifie que R.V. aurait là aussi ajusté sa stratégie de contre-interrogatoire en conséquence. En fait, sans les erreurs de la juge saisie de la demande, il est fort possible que R.V. eût mené un contre-interrogatoire complètement différent.

#### IV. La pertinence du dossier de preuve pour l’application de la disposition réparatrice

[131] Cela nous mène à l’analyse du dossier de preuve que font nos collègues majoritaires : selon eux, malgré la restriction du contre-interrogatoire, nous savons *bel et bien* ce que R.V. aurait pu obtenir comme preuve en fonction de celle obtenue lorsque l’avocat de première instance [TRADUCTION] « a contourné la décision [fondée sur l’art. 276] » (motifs de la C.A., par. 91) et a laissé entendre à la plaignante qu’elle n’était pas vierge au moment de l’agression alléguée. Nous notons au passage que, comme l’a fait remarquer le juge Paciocco, l’avocat au procès n’avait pas le droit de sonder ses réponses ou de poser d’autres questions en fonction des réponses de la plaignante. Nos collègues appliqueraient néanmoins la disposition réparatrice parce que, selon eux, cela démontre qu’il n’y a aucune possibilité raisonnable que le verdict ait été différent sans les erreurs de la juge saisie de la demande.

[132] Nous opposons plusieurs objections à cette approche.

[133] Premièrement, nous sommes sceptiques devant le choix des juges majoritaires d’invoquer la disposition réparatrice sur le fondement d’une preuve qui était inadmissible au procès de R.V. (compte tenu de la décision erronée fondée sur l’art. 276) et qui aurait

that where the law clearly prohibits a line of cross-examination, lawyers should understand that they are not to cross-examine a witness in that area of evidence (see E. Craig, “The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases” (2014), 51 *Osgoode Hall L.J.* 427, at p. 456, fn. 147). The majority’s treatment of this evidence is particularly troubling in the context of a sexual assault trial which, as it rightly notes, presents “unique challenges” to the administration of justice and requires that questioning of complainants be “tightly controlled” (paras. 1 and 88). Indeed, the Court’s posture towards counsel “skirting” rulings that they disagree with in a similar fashion should be one of *discouragement*, not *encouragement*.<sup>6</sup> Our concern is with the practical effect of relying on evidence adduced in contravention of the s. 276 ruling, with no admonition of counsel for “skirting” in the first place. Using evidence obtained in contravention of a s. 276 ruling to support the invocation of the proviso may well have the unintended consequence of encouraging bad behaviour. It may signal to counsel that there are incentives to playing fast and loose with rulings they disagree with, since the evidence elicited thereby may be used by appellate courts in their favour. The result is, in this case, particularly troubling, as Paciocco J.A. noted (C.A. reasons, at para. 91), since R.V.’s counsel had no means to probe the complainant’s answers and never *actually* asked the series of questions all of us agree should have been permitted.

<sup>6</sup> A. Woolley, *Understanding Lawyers’ Ethics in Canada* (2nd ed. 2016), at p. 403: “A lawyer should cross-examine witnesses within the rules established by the law of evidence” (emphasis added); Craig, at p. 430: “Defence counsel are ethically obliged to restrict their carriage of a sexual assault case (including the evidence they seek to admit, the lines of examination and cross-examination they pursue, and the closing arguments they submit) to conduct that supports findings of facts within the bounds of law” (emphasis added).

dû être rejetée sur-le-champ par le juge du procès. Il va sans dire que lorsque la loi interdit clairement une avenue de contre-interrogatoire, les avocats devraient comprendre qu’ils ne peuvent pas contre-interroger un témoin dans ce domaine de preuve (voir E. Craig, « The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases » (2014), 51 *Osgoode Hall L.J.* 427, p. 456, note en bas de page 147). Le traitement de cette preuve par nos collègues est particulièrement troublant dans le contexte d’un procès pour agression sexuelle qui, comme ils le font remarquer à juste titre, pose des « défis particuliers » pour l’administration de la justice et exige que les interrogatoires des plaignantes soient « rigoureusement contrôlé[s] » (par. 1 et 88). En effet, la position de la Cour à l’égard des avocats qui « contournent » des décisions avec lesquelles ils ne sont pas d’accord — comme l’a fait l’avocat en l’espèce — devrait en être une de *découragement* et non d’*encouragement*.<sup>7</sup> Notre préoccupation porte sur l’effet pratique découlant du fait de se fonder sur une preuve présentée en violation de la décision fondée sur l’art. 276, sans même que l’avocat qui a « contourné » la décision ne reçoive d’avertissement. Le recours à une preuve obtenue en violation d’une décision fondée sur l’art. 276 afin d’étayer l’application de la disposition réparatrice pourrait bien avoir la conséquence non souhaitée d’encourager les comportements fautifs. Cela pourrait donner l’impression aux avocats qu’il peut être avantageux de prendre des libertés à l’égard des décisions avec lesquelles ils ne sont pas d’accord, puisque la preuve obtenue de cette façon peut être utilisée par les cours d’appel en leur faveur. En l’espèce, cela mène à un résultat particulièrement troublant, comme l’a souligné le juge Paciocco (motifs de la C.A., par. 91), puisque l’avocat de R.V. n’a eu aucun moyen d’évaluer les réponses de la plaignante et n’a jamais *dans les faits* posé les questions qui, selon notre avis unanime, auraient dû être permises.

<sup>7</sup> A. Woolley, *Understanding Lawyers’ Ethics in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 2016), p. 403 : [TRADUCTION] « Un avocat devrait contre-interroger les témoins dans le respect des règles du droit de la preuve » (nous soulignons); Craig, p. 430 : [TRADUCTION] « Les avocats de la défense ont l’obligation éthique de restreindre leurs questions dans le contexte d’une affaire d’agression sexuelle (y compris la preuve qu’ils veulent admettre, les questions à examiner et le contre-interrogatoire qu’ils mènent, ainsi que les conclusions finales qu’ils présentent) à la conduite qui étaye les conclusions de fait dans les limites permises par le droit » (nous soulignons).

[134] Secondly, we note that the majority's reliance on the record appears to resurrect an approach to the curative proviso that this Court rejected in *Sarrazin*. There, the Court considered whether to adopt an "holistic approach" to the proviso, according to which it could be applied where "an appellate court is satisfied that the evidence of guilt is very strong, although not quite overwhelming, and the legal error or errors, though not insignificant, are highly unlikely to have affected the result" (*R. v. Sarrazin*, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, at fn. 13 (emphasis in original), cited by this Court in *Sarrazin*, at para. 16). But such an approach was rejected as a watering down of the proviso. The strength of the Crown's case cannot counterbalance the effect of an error that is neither minor nor harmless. Put another way, unless the evidence against the accused is overwhelming, its strength is effectively irrelevant to the application of the proviso. Appellate courts may therefore not straddle the branches of the proviso, which the majority's conclusion appears to do. Rather, the harmless error branch focuses on whether the appellate court can confidently conclude that the legal error did not impact the verdict. In our view, this certainty is unavailable.

[135] Thirdly, the misapplication of s. 276 was compounded by the trial judge's reliance on the pregnancy as corroborative in finding that R.V. was guilty. This was in error because the trial judge essentially convicted R.V. on evidence that he was unable to challenge. This is distinct from the trial judge's credibility findings, with which we take no issue: the complainant was credible, and R.V. was not. But the probative value of the pregnancy cannot be disentangled from the credibility assessments. For example, had R.V. been able to pursue the cross-examination that we all agree he was entitled to pursue, he may have chosen not to testify at all. In that case, the trial judge would not have been able to make any negative findings about R.V.'s credibility, irrespective of whether R.V.'s cross-examination elicited evidence

[134] Deuxièmement, notons que, en se fondant sur le dossier comme ils le font, nos collègues semblent revenir à une approche de la disposition réparatrice que la Cour a rejetée dans *Sarrazin*. Dans cette affaire, la Cour s'est demandé s'il y avait lieu d'adopter une [TRADUCTION] « approche [...] globale » à l'égard de la disposition en question, une approche selon laquelle elle pourrait être appliquée lorsqu'« une cour d'appel est convaincue que la preuve de la culpabilité est très forte, bien qu'elle ne soit pas accablante, et qu'il est fort peu probable qu'une ou des erreurs de droit, bien qu'elles ne soient pas inoffensives, aient influé sur le résultat » (*R. c. Sarrazin*, 2010 ONCA 577, 268 O.A.C. 200, note en bas de page 13 (en italique dans l'original), cité par la Cour dans *Sarrazin*, par. 16). Or, une telle approche a été rejetée parce qu'on lui reprochait de diluer la disposition réparatrice. La solidité de la preuve du ministère public ne peut contrebalancer l'effet d'une erreur qui n'est ni négligeable ni inoffensive. Autrement dit, à moins que la preuve contre l'accusé soit accablante, sa solidité n'est pas pertinente dans les faits pour l'application de la disposition réparatrice. Par conséquent, les cours d'appel ne doivent pas mêler les éléments de la disposition réparatrice, comme semble le faire la conclusion de nos collègues majoritaires. L'élément relatif à l'erreur inoffensive porte principalement sur la question de savoir si une cour d'appel peut conclure sans craindre de se tromper que l'erreur judiciaire n'a pas eu d'incidence sur le verdict. À notre avis, il n'est pas possible d'avoir cette certitude.

[135] Troisièmement, l'application erronée de l'art. 276 a été aggravée par le fait que le juge du procès s'est fondé sur la grossesse comme corroborant la conclusion selon laquelle R.V. était coupable. Il s'agissait là d'une erreur parce que le juge du procès a essentiellement déclaré R.V. coupable sur une preuve que celui-ci a été incapable de contester. Cette erreur est distincte des conclusions du juge du procès quant à la crédibilité, conclusions que nous ne remettons pas en question : la plaignante était crédible et R.V. ne l'était pas. Toutefois, la valeur probante de la grossesse ne peut être dissociée des évaluations de la crédibilité. Par exemple, si R.V. avait pu mener le contre-interrogatoire qu'il avait le droit de mener, comme nous en convenons tous, il aurait peut-être choisi de ne pas témoigner du tout. Dans cette

helpful to his defence. Again, there are simply too many variables that flowed from the erroneous s. 276 ruling for an appellate court to comfortably invoke the proviso on this evidentiary record.

[136] Finally, and moving forward, the majority's approach to the application of the proviso appears to turn the proviso on its head. Its reasons suggest that, in the face of a legal error, a new trial should only be ordered if the appellate court can be certain that the trial would have gone differently. However, where there has been a legal error, the *default* is to order a new trial; the proviso allows a departure from this default rule only in very narrow circumstances. Indeed, a reviewing court *must* order a new trial unless it is satisfied that the result *could not have been different* absent the legal error.

## V. Conclusion

[137] Given the interests the proviso protects, we cannot invoke it here. The errors were neither minor nor harmless. They were significant. The cumulative effect deprived R.V. not so much of the right to ask particular questions, or hear particular responses, as the majority finds, but to engage in a *process* of questioning, protected by both the *Charter* and the common law.

[138] The right to present one's case cannot, constitutionally, be curtailed in the absence of an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations (see *Seaboyer*, at pp. 620-21). This takes on even greater importance when the evidence of the complainant and accused person are diametrically opposed in every material respect, leaving credibility as the central issue at trial (see *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, at para. 12).

hypothèse, le juge du procès n'aurait pas été capable de tirer de conclusions négatives sur la crédibilité de R.V., et ce, que son contre-interrogatoire de la plaignante ait ou non permis d'obtenir des éléments de preuve utiles à sa défense. Encore une fois, il y a tout simplement trop de variables qui ont découlé de la décision erronée fondée sur l'art. 276 pour qu'une cour d'appel puisse aisément invoquer la disposition réparatrice sur le fondement du dossier de preuve en l'espèce.

[136] Enfin, l'approche de nos collègues à l'égard de l'application de la disposition réparatrice semble dénaturer celle-ci. Leurs motifs laissent entendre que, en présence d'une erreur judiciaire, un nouveau procès devrait être ordonné seulement si la cour d'appel est certaine que l'issue du procès aurait été différente. Or, lorsqu'il y a eu erreur judiciaire, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée *par défaut*; la disposition réparatrice permet une dérogation à cette règle seulement dans des circonstances très précises. De fait, la cour de révision *doit* ordonner la tenue d'un nouveau procès sauf si elle est convaincue que le résultat *n'aurait pas pu être différent* sans l'erreur judiciaire.

## V. Conclusion

[137] Vu les intérêts que protège la disposition réparatrice, nous ne pouvons pas l'invoquer en l'espèce. Les erreurs n'étaient ni négligeables ni inoffensives. Elles étaient graves. L'effet cumulatif de ces erreurs a privé R.V. non pas tant du droit de poser des questions en particulier ou d'entendre des réponses en particulier, comme le concluent les juges majoritaires, mais de celui de mener un *processus* d'interrogatoire, protégé à la fois par la *Charte* et par la common law.

[138] Le droit de toute personne d'exposer sa cause ne peut, sur le plan constitutionnel, être restreint sans une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraires encore plus importantes (voir *Seaboyer*, p. 620-621). Cela est d'autant plus important lorsque la version de la plaignante et celle de l'accusé sont diamétralement opposées sur tous les points importants et que la crédibilité est donc l'élément central du procès (voir

The truth is that none of us know what evidence R.V. may have elicited had a proper s. 276 ruling been made in advance of trial.

[139] This is, after all, what divides us. Cross-examination, being the primary vehicle through which R.V. could make full answer and defence, was restricted in a manner not consistent with the purpose behind s. 276. As a result, R.V. was denied a fair trial. We would dismiss the appeal and affirm the Court of Appeal's order that a new trial be directed.

*Appeal allowed, BROWN and ROWE JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Dawe & Dineen, Toronto; Addario Law Group, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Ending Violence Association of Canada: Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Henein Hutchison, Toronto.*

*R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, par. 12). La vérité est qu'aucun d'entre nous ne sait quelle preuve R.V. aurait obtenue si une décision appropriée fondée sur l'art. 276 avait été prise avant le procès.

[139] En somme, c'est ce qui nous divise. Le contre-interrogatoire — qui était le principal moyen par lequel R.V. pouvait présenter une défense pleine et entière — a été restreint d'une manière qui n'est pas conforme à l'objet qui sous-tend l'art. 276. Par conséquent, R.V. s'est vu privé d'un procès équitable. Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la décision de la Cour d'appel d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi accueilli, les juges BROWN et ROWE sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé : Dawe & Dineen, Toronto; Addario Law Group, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne contre la violence : Allen/McMillan Litigation Counsel, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Henein Hutchison, Toronto.*