

**Andrew Scott Darrach** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Disabled Women's Network of Canada and the National Action Committee on the Status of Women** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. DARRACH**

**Neutral citation: 2000 SCC 46.**

File No.: 26564.

2000: February 23; 2000: October 12.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Right to make full answer and defence — Sexual assault — Evidence of complainant's sexual activity — Whether substantive aspect of s. 276 of Criminal Code infringing accused's right to make full answer and defence or his right to a fair trial — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276(1), (2)(c), 276.2(2).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Right to silence — Right not to be compelled to be a witness in proceedings against oneself — Sexual assault — Evidence of complainant's sexual activity — Whether procedural aspect of s. 276 of Criminal Code infringing accused's right to silence and his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(c)*

**Andrew Scott Darrach** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Disabled Women's Network of Canada et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: R. c. DARRACH**

**Référence neutre: 2000 CSC 46.**

N° du greffe: 26564.

2000: 23 février; 2000: 12 octobre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Droit à une défense pleine et entière — Agression sexuelle — Preuve du comportement sexuel de la plaignante — Les dispositions de fond de l'art. 276 du Code criminel portent-elles atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou à son droit à un procès équitable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11d) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276(1), (2)c), 276.2(2).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de garder le silence — Droit de l'accusé de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui — Agression sexuelle — Preuve du comportement sexuel de la plaignante — Les dispositions de l'art. 276 du Code criminel qui énoncent la procédure à suivre portent-elles atteinte au droit de l'accusé de garder le silence et à son droit de ne pas*

— *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276.1(2), 276.2(2).

*Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Voir dire — Whether s. 13 of Canadian Charter of Rights and Freedoms protecting accused against self-incrimination on voir dire — Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 276.2.

The accused was charged with sexual assault and, at his trial, attempted to introduce evidence of the complainant's sexual history. He unsuccessfully challenged the constitutionality of s. 276.1(2)(a) of the *Criminal Code* (which requires that the affidavit contain "detailed particulars" about the evidence), ss. 276(1) and 276(2)(c) (which govern the admissibility of sexual conduct evidence generally), and s. 276.2(2) (which provides that the complainant is not a compellable witness at the hearing determining the admissibility of evidence of prior sexual activity). At the trial proper, the complainant testified and was cross-examined. The defence was allowed a *voir dire* to introduce evidence about her past sexual activity where the accused presented his own detailed affidavit but refused to be cross-examined on it. After the *voir dire*, the trial judge refused to allow the accused to adduce the evidence of the complainant's sexual history. The accused was subsequently convicted of sexual assault. The Court of Appeal dismissed the accused's appeal, concluding that the impugned provisions did not violate the accused's right to make full answer and defence, his right not to be compelled to testify against himself or his right to a fair trial as protected by ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held*: The appeal should be dismissed.

The current version of s. 276 of the *Criminal Code* is in essence a codification by Parliament of the Court's guidelines in *Seaboyer*. Section 276 contains both a substantive part that prevents a complainant's past sexual activity from being used for improper purposes and a procedural part that enforces this rule. In view of *Seaboyer*, the constitutionality of both the rule and the procedure has already been established at a general level. Section 276 is carefully crafted to comport with the principles of fundamental justice. It protects the

*être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11c) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.1(2), 276.2(2).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Voir-dire — L'article 13 de la Charte canadienne des droits et libertés protège-t-il un accusé contre l'auto-incrimination lors d'un voir-dire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276.2.*

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle et a tenté, à son procès, de présenter une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante. Il a contesté en vain la constitutionnalité du par. 276.1(2) du *Code criminel* (dans la mesure où il exige que l'affidavit contienne «toutes précisions» au sujet de la preuve en cause), celle du par. 276(1) et de l'al. 276(2)c) (qui régissent l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel en général), de même que celle du par. 276.2(2) (qui prévoit que le plaignant n'est pas un témoin contraignable à l'audition portant sur l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel antérieur). Lors du procès comme tel, la plaignante a témoigné et a été contre-interrogée. La défense a demandé avec succès la tenue d'un voir-dire afin de présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Lors du voir-dire, l'accusé a produit son propre affidavit détaillé, mais a refusé d'être contre-interrogé sur celui-ci. Après le voir-dire, le juge du procès n'a pas permis à l'accusé de soumettre la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante. L'accusé a, par la suite, été déclaré coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel a rejeté l'appel de l'accusé, concluant que les dispositions contestées ne violaient pas le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et son droit à un procès équitable qui lui sont garantis par l'art. 7 et les al. 11c) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

Le texte actuel de l'art. 276 du *Code criminel* est essentiellement une codification par le législateur des lignes directrices que notre Cour a formulées dans l'arrêt *Seaboyer*. Cet article contient des dispositions de fond qui empêchent d'utiliser à des fins irrégulières la preuve du comportement sexuel antérieur d'un plaignant, ainsi que d'autres dispositions qui énoncent la procédure à suivre pour appliquer cette règle. Compte tenu de l'arrêt *Seaboyer*, la constitutionnalité de la règle et de la procédure a déjà été établie de façon générale.

integrity of the judicial process while at the same time respecting the rights of the people involved.

The substantive aspect of s. 276 does not infringe the accused's s. 7 right to make full answer and defence or his s. 11(d) right to a fair trial. Far from being a "blanket exclusion", s. 276(1) only prohibits the use of evidence of past sexual activity when it is offered to support two specific, illegitimate inferences, namely, that a complainant is more likely to have consented to the alleged assault and that she is less credible as a witness by virtue of her prior sexual experience. These "twin myths" are simply not relevant at trial. They are not probative of consent or credibility and can severely distort the trial process. Because s. 276(1) is an evidentiary rule that only excludes material that is not relevant, it cannot infringe an accused's right to make full answer and defence. An accused has never had a right to adduce irrelevant or misleading evidence. Further, the fact that s. 276(2)(c) requires that the evidence tendered to support a permitted inference has "significant probative value" does not raise the threshold for the admissibility of evidence to the point that it is unfair to the accused. The word "significant", on a textual level, is reasonably capable of being read in accordance with ss. 7 and 11(d) and the fair trial they protect. The requirement of "significant probative value" serves to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the "proper administration of justice". In sum, s. 276 enhances the fairness of the hearing by excluding misleading evidence from trials of sexual offences. It preserves the accused's right to adduce relevant evidence that meets certain criteria and so to make full answer and defence.

With respect to the procedural aspect of s. 276, the requirement that an accused present an affidavit and establish on a *voir dire* that the evidence is admissible in accordance with established criteria does not infringe his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him, nor a right not to reveal his defence. The procedure mandated by s. 276 is consistent with the law of evidence and with *Seaboyer*. It is a basic rule of evidence that the party seeking to introduce evidence must be prepared to satisfy the court that it is relevant

L'article 276 a été soigneusement rédigé de manière à être compatible avec les principes de justice fondamentale. Il préserve l'intégrité du processus judiciaire tout en respectant les droits des personnes en cause.

Les dispositions de fond de l'art. 276 ne portent atteinte ni au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ni à son droit à un procès équitable que lui garantissent respectivement l'art. 7 et l'al. 11d). Loin d'être une «exclusion générale», le par. 276(1) ne fait qu'interdire l'utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur pour étayer deux déductions illégitimes particulières, à savoir que la plaignante est plus susceptible d'avoir consenti à l'agression alléguée ou qu'elle est un témoin moins crédible en raison de ses activités sexuelles antérieures. Ces «deux mythes» ne sont simplement pas pertinents au procès. Ils ne sont pas probants quant au consentement ou à la crédibilité, et ils peuvent dénaturer gravement le procès. Comme le par. 276(1) établit une règle de preuve qui n'exclut que les éléments de preuve non pertinents, il ne peut pas porter atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Un accusé n'a jamais eu le droit de produire des éléments de preuve non pertinents ou trompeurs. En outre, l'exigence de l'al. 276(2)c) que la preuve produite pour étayer une déduction permise ait une «valeur probante» («*significant probative value*») n'a pas pour effet de hausser le critère d'admissibilité de la preuve au point de le rendre injuste pour l'accusé. Le mot «*significant*», pris dans son sens littéral, peut raisonnablement être interprété d'une manière conforme à l'art. 7 et à l'al. 11d), et au droit à un procès équitable qu'ils garantissent. L'exigence que la preuve ait une «valeur probante» sert à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s'ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux déductions interdites, compromettraient néanmoins la «bonne administration de la justice». Somme toute, l'art. 276 favorise l'équité de l'audience en excluant les éléments de preuve trompeurs des procès portant sur des infractions d'ordre sexuel. Il protège le droit de l'accusé de produire une preuve pertinente qui respecte certains critères et ainsi, de présenter une défense pleine et entière.

En ce qui concerne les dispositions de l'art. 276 qui énoncent la procédure à suivre, l'exigence que l'accusé produise un affidavit et établisse, au moyen d'un *voir-dire*, que la preuve est admissible selon des critères établis ne porte atteinte ni à son droit de ne pas être contraint de témoigner dans toute poursuite intentée contre lui, ni à son droit de ne pas divulguer ses moyens de défense. La procédure prescrite par l'art. 276 est compatible avec le droit de la preuve et avec l'arrêt *Seaboyer*. Une règle de preuve fondamentale veut que la partie qui

and admissible. Therefore, if the defence seeks to adduce evidence of sexual activity, it must establish that it supports at least some relevant inference. Further, the particular *voir dire* required by s. 276 does not offend the principle against self-incrimination because the requirement that the accused establish a legitimate use for evidence of sexual activity does not compel him to testify. In applications under s. 276, there is free and informed consent when the accused participates in order to exculpate himself. Where there is neither a legal obligation nor an evidentiary burden on the accused, the mere tactical pressure on the accused to participate in the trial does not offend the principle against self-incrimination or the right to a fair trial. Lastly, s. 276 does not offend the presumption of innocence because nothing in s. 276 obviates the Crown's basic duty to establish all the elements of a sexual offence beyond a reasonable doubt.

Section 276.1(2)(a) of the *Code* requires the defence to enter an affidavit with "detailed particulars" of the evidence it seeks to adduce. The affidavit requirement does not infringe the accused's right to silence. The right to silence in s. 7 comprises the right to silence before trial and the privilege against self-incrimination at trial; it is inaccurate to speak of an absolute right to silence at the trial stage of the criminal process. Moreover, s. 276 does not require the accused to make premature or inappropriate disclosure to the Crown. The accused is not forced to embark upon the process under s. 276 at all. If the defence is going to raise the complainant's prior sexual activity, it cannot do so in such a way as to surprise the complainant. The right to make full answer and defence does not include the right to defend by ambush.

If the trial judge is satisfied that the affidavit meets the requirements of s. 276.1, the accused has the right under s. 276.2 of the *Code* to an *in camera* hearing to decide whether the evidence is admissible. The non-compellability of the complainant at the *voir dire* and the requirement to submit to cross-examination on the affidavit do not infringe the accused's right not to be compelled to testify at his own trial. An accused does not face a legal compulsion to testify and the tactical pressure he encounters is not unfair. The basic rules of evidence require the accused, having produced his affidavit, to submit to cross-examination because the right

cherche à présenter un élément de preuve soit prête à convaincre le tribunal de sa pertinence et de son admissibilité. En conséquence, la défense qui cherche à présenter une preuve de comportement sexuel doit établir que cette preuve étaye au moins une déduction pertinente quelconque. De plus, le voir-dire requis par l'art. 276 ne contrevient pas au principe interdisant l'auto-incrimination parce que l'exigence que l'accusé établisse une utilisation légitime de la preuve du comportement sexuel ne le contraint pas à témoigner. Dans le cas des demandes fondées sur l'art. 276, il y a consentement libre et éclairé lorsque l'accusé participe dans le but de se disculper. Lorsqu'aucune obligation juridique ni aucun fardeau de présentation n'incombent à l'accusé, la simple pression d'ordre tactique qui peut amener ce dernier à participer au procès ne contrevient ni au principe interdisant l'auto-incrimination ni au droit à un procès équitable. Enfin, l'art. 276 ne contrevient pas à la présomption d'innocence parce que rien dans cet article ne supprime l'obligation fondamentale du ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable tous les éléments d'une infraction d'ordre sexuel.

Le paragraphe 276.1(2) du *Code* oblige la défense à produire un affidavit énonçant «toutes précisions» au sujet de la preuve en cause. L'obligation de produire un affidavit ne porte pas atteinte au droit de l'accusé de garder le silence. Le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 comprend le droit de garder le silence avant le procès et le privilège de ne pas s'incriminer au procès; il est inexact de parler d'un droit absolu de garder le silence à l'étape du procès en matière criminelle. En outre, l'art. 276 n'exige pas que l'accusé fasse une divulgation prématurée ou inappropriée au ministère public. L'accusé n'est nullement obligé de s'engager dans le processus décrit à l'art. 276. Si la défense doit invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante, elle ne pourra pas le faire de manière à prendre par surprise la plaignante. Le droit à une défense pleine et entière ne comprend pas le droit de recourir à la surprise pour se défendre.

Si le juge du procès est d'avis que l'affidavit satisfait aux exigences de l'art. 276.1, l'accusé a droit, en vertu de l'art. 276.2 du *Code*, à une audience à huis clos pour déterminer si la preuve est admissible. La non-contrainctibilité de la plaignante au voir-dire et l'obligation de l'accusé de subir un contre-interrogatoire sur son affidavit ne portent pas atteinte au droit de ce dernier de ne pas être contraint de témoigner à son propre procès. L'accusé n'est pas contraint de témoigner par la loi, et la pression d'ordre tactique qu'il ressent n'est pas injuste. Une fois que l'accusé a produit son affidavit, les règles fondamentales de la preuve exigent qu'il soit assujéti à

to cross-examine is essential to give any weight to an affidavit. An accused's refusal to submit to cross-examination on his sworn affidavit in effect reduces its weight to that of an unsworn statement, and it is well settled that an accused cannot make an unsworn statement. The Crown's right to cross-examine on the affidavit under s. 276 is essential to protect the fairness of the trial. Cross-examination is required to enable the trial judge to decide relevance by assessing the affiant's credibility and the use to which he intends to put the evidence. The cross-examination must be confined to what is necessary to determine whether the evidence is admissible. Furthermore, on the *voir dire*, s. 13 of the *Charter* protects an accused against self-incrimination. This privilege against self-incrimination applies because a *voir dire* is an "other proceeding" within the meaning of s. 13.

The complainant's non-compellability at the *voir dire* is based on sound legislative goals. To compel the complainant to be examined on her sexual history before the subject has been found to be relevant to the trial would invade the complainant's privacy and discourage the reporting of crimes of sexual violence. The right to make full answer and defence, moreover, does not provide a right to cross-examine an accuser. The fair trial protected by s. 11(d) is one that does justice to all the parties.

#### Cases Cited

**Applied:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113; **approved:** *R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. v. Boss* (1988), 30 O.A.C. 184; *R. v. Frederick* (1931), 57 C.C.C. 340; *R. v. Tarafa*, [1990] R.J.Q. 427; **referred to:** *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Santocono* (1996), 91 O.A.C. 26; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103;

un contre-interrogatoire, car le droit de contre-interroger est essentiel pour appuyer la crédibilité de l'affidavit. Le refus de l'accusé de subir un contre-interrogatoire sur son affidavit a pour effet d'en réduire l'importance à celle d'une déclaration non solennelle, et il est bien établi qu'un accusé ne peut pas faire une déclaration non solennelle. Le droit du ministère public d'effectuer un contre-interrogatoire sur l'affidavit, que prévoit l'art. 276, est essentiel pour assurer l'équité du procès. Le contre-interrogatoire est nécessaire pour permettre au juge du procès de décider de la pertinence en évaluant la crédibilité de l'auteur de l'affidavit et l'utilisation qu'il compte faire de la preuve. Le contre-interrogatoire doit se limiter à ce qui est nécessaire pour déterminer si la preuve proposée est admissible. De plus, l'art. 13 de la *Charte* protège un accusé contre l'auto-incrimination lors du voir-dire. Le privilège de ne pas s'incriminer s'applique parce qu'un voir-dire est une «autre procédure» au sens de l'art. 13.

La non-contraignabilité de la plaignante lors du voir-dire repose sur des objectifs législatifs légitimes. Contraindre la plaignante à subir un interrogatoire sur son comportement sexuel antérieur avant même que ce sujet n'ait été jugé pertinent aux fins du procès porterait atteinte à la vie privée de la plaignante et découragerait la dénonciation des crimes de violence sexuelle. En outre, le droit à une défense pleine et entière ne confère pas un droit de contre-interroger l'accusateur. Le procès équitable garanti par l'al. 11d) est celui qui permet de rendre justice à toutes les parties.

#### Jurisprudence

**Arrêts appliqués:** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618; *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113; **arrêts approuvés:** *R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351; *R. c. Boss* (1988), 30 O.A.C. 184; *R. c. Frederick* (1931), 57 C.C.C. 340; *R. c. Tarafa*, [1990] R.J.Q. 427; **arrêts mentionnés:** *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Santocono* (1996), 91 O.A.C. 26; *R.*

*R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Dickson*, [1994] 1 S.C.R. 153, aff'g (1993), 81 C.C.C. (3d) 224.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11, 13.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 271 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 10; am. 1994, c. 44, s. 19], 276 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 203; am. c. 19 (3rd Supp.), s. 12; rep. & sub. 1992, c. 38, s. 2], 276.1 [ad. 1992, c. 38, s. 2], 276.2 [*idem*], 278.3 [ad. 1997, c. 30 s. 1].

### Authors Cited

Boyle, Christine, and Marilyn MacCrimmon. "The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered" (1999), 41 *Crim. L.Q.* 198.

Kelly, Katharine D. "“You must be crazy if you think you were raped”: Reflections on the Use of Complainants’ Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials" (1997), 9 *C.J.W.L.* 178.

Schwartz, Hart. "Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection" (1994), 31 *C.R.* (4th) 232.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 1, 107 O.A.C. 81, 122 C.C.C. (3d) 225, 13 C.R. (5th) 283 (*sub nom. R. v. D. (A.S.)*), [1998] O.J. No. 397 (QL), dismissing the accused’s appeal from his conviction for sexual assault. Appeal dismissed.

*Lawrence Greenspon and Blair Crew*, for the appellant.

*Rosella M. Cornaviera and Karen Shai*, for the respondent.

*Graham R. Garton, Q.C.*, and *Robin Parker*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Joanne Marceau and Marie-Claude Gilbert*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Dickson*, [1994] 1 R.C.S. 153, conf. (1993), 81 C.C.C. (3d) 224.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11, 13.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 271 [mod. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 10; mod. 1994, ch. 44, art. 19], 276 [mod. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 203; mod. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 12; abr. & rempl. 1992, ch. 38, art. 2], 276.1 [aj. 1992, ch. 38, art. 2], 276.2 [*idem*], 278.3 [aj. 1997, ch. 30, art. 1].

### Doctrine citée

Boyle, Christine, and Marilyn MacCrimmon. «The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered» (1999), 41 *Crim. L.Q.* 198.

Kelly, Katharine D. «“You must be crazy if you think you were raped”: Reflections on the Use of Complainants’ Personal and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178.

Schwartz, Hart. «Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection» (1994), 31 *C.R.* (4th) 232.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 1, 107 O.A.C. 81, 122 C.C.C. (3d) 225, 13 C.R. (5th) 283 (*sub nom. R. c. D. (A.S.)*), [1998] O.J. No. 397 (QL), qui a rejeté l’appel de l’accusé contre sa déclaration de culpabilité d’agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

*Lawrence Greenspon et Blair Crew*, pour l’appellant.

*Rosella M. Cornaviera et Karen Shai*, pour l’intimée.

*Graham R. Garton, c.r.*, et *Robin Parker*, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

*Joanne Marceau et Marie-Claude Gilbert*, pour l’intervenant le procureur général du Québec.

*Cynthia Devine*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Alexander Budlovsky and Marian K. Brown*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Elizabeth Thomas and Carissima Mathen*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Disabled Women's Network of Canada and the National Action Committee on the Status of Women.

The judgment of the Court was delivered by

GONTHIER J. —

#### I. Introduction

The proper use of a complainant's sexual history in sexual offence prosecutions was last before this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. There the Court struck down an earlier version of s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, because it excluded all evidence about a complainant's sexual history from the judicial process, subject to three exceptions. The majority found that s. 276 could potentially exclude evidence of critical relevance (at p. 616). Parliament then enacted the current s. 276 in Bill C-49 in 1992 (now S.C. 1992, c. 38). It essentially codifies the decision in *Seaboyer* and provides a mechanism for the trial judge to determine the admissibility of evidence of prior sexual activity.

The current s. 276 categorically prohibits evidence of a complainant's sexual history only when it is used to support one of two general inferences. These are that a person is more likely to have consented to the alleged assault and that she is less credible as a witness by virtue of her prior sexual experience. Evidence of sexual activity may be admissible, however, to substantiate other infer-

*Cynthia Devine*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

*Alexander Budlovsky et Marian K. Brown*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Elizabeth Thomas et Carissima Mathen*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Disabled Women's Network of Canada et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE GONTHIER —

#### I. Introduction

C'est dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, que notre Cour a examiné pour la dernière fois l'utilisation appropriée du comportement sexuel antérieur d'un plaignant dans des poursuites pour une infraction d'ordre sexuel. Dans cet arrêt, notre Cour a invalidé une version antérieure de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, parce qu'elle excluait du processus judiciaire tous les éléments de preuve relatifs au comportement sexuel antérieur d'un plaignant, sauf dans trois cas. Les juges majoritaires ont conclu que l'art. 276 risquait d'écarter une preuve fort pertinente (à la p. 616). Le législateur a ensuite adopté, en 1992, le texte actuel de l'art. 276 dans le projet de loi C-49 (aujourd'hui L.C. 1992, ch. 38). Cet article codifie essentiellement l'arrêt *Seaboyer* et établit un mécanisme permettant au juge du procès de déterminer l'admissibilité d'une preuve de comportement sexuel antérieur.

L'article 276 actuel n'interdit catégoriquement la preuve du comportement sexuel d'un plaignant que lorsqu'elle sert à étayer l'une des deux déductions générales suivantes, à savoir qu'une personne est plus susceptible d'avoir consenti à l'agression alléguée ou qu'elle est un témoin moins crédible en raison de ses activités sexuelles antérieures. La preuve du comportement sexuel peut toutefois être

1

2

ences. Sections 276.1 and 276.2 provide a procedure to determine the admissibility of such evidence. In brief, the defence must file a written affidavit; if the judge finds that it discloses relevant evidence capable of being admissible under s. 276(2), the judge will hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence the defence seeks to adduce.

3 The accused challenges the constitutionality of parts of s. 276 under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the way in which they were interpreted by the trial judge. In my view, his challenge fails. The current version of s. 276 is carefully crafted to comport with the principles of fundamental justice. It protects the integrity of the judicial process while at the same time respecting the rights of the people involved. The complainant's privacy and dignity are protected by a procedure that also vindicates the accused's right to make full answer and defence. The procedure does not violate the accused's s. 7 *Charter* right to a fair trial nor his s. 11(c) right not to testify against himself or his s. 11(d) right to a fair hearing. For the reasons below, I find that the impugned sections of the law are constitutional and that their application by the trial judge was beyond reproach.

## II. Facts

4 The accused met the complainant in October 1991, when she began working at the retail store where he worked as a supervisor. They became friends and began a sexual relationship. After their sexual relationship ended, they saw each other casually, largely because they lived two doors apart on the same street. At some point, the accused lent the complainant \$20. On November 6, 1992, he called her at work (he no longer worked there) and asked to be repaid. The complainant met him that night and, later that evening, they walked home together. The accused asked her to come into his apartment. Once inside, the accused sexually assaulted the complainant.

admissible pour étayer d'autres déductions. Les articles 276.1 et 276.2 établissent une procédure permettant de déterminer l'admissibilité d'une telle preuve. Bref, la défense doit déposer un affidavit écrit; s'il conclut que l'affidavit divulgue une preuve pertinente susceptible d'être admissible en vertu du par. 276(2), le juge tient un voir-dire pour déterminer l'admissibilité de la preuve que la défense cherche à présenter.

L'accusé conteste la constitutionnalité de certaines parties de l'art. 276 selon la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi que l'interprétation que le juge du procès leur a donnée. À mon avis, sa contestation doit être rejetée. Le texte actuel de l'art. 276 a été soigneusement rédigé de manière à être compatible avec les principes de justice fondamentale. Il préserve l'intégrité du processus judiciaire tout en respectant les droits des personnes en cause. La dignité du plaignant et son droit à la vie privée sont protégés par une procédure qui reconnaît aussi le droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Cette procédure ne viole pas le droit de l'accusé à un procès équitable, son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et son droit à une audience équitable qui lui sont garantis par l'art. 7 et les al. 11c) et 11d) de la *Charte*. Pour les motifs exposés ci-dessous, je conclus que les dispositions législatives contestées sont constitutionnelles et que le juge du procès les a appliquées de manière irréprochable.

## II. Les faits

L'accusé a rencontré la plaignante en octobre 1991 lorsqu'elle a commencé à travailler au magasin de détail où il occupait le poste de superviseur. Ils sont devenus amis et ensuite, amants. Après que leur liaison eut pris fin, ils continuaient de se rencontrer à l'occasion, surtout parce qu'ils habitaient la même rue à deux portes l'un de l'autre. À un moment donné, l'accusé a prêté 20 \$ à la plaignante. Le 6 novembre 1992, il lui a téléphoné au travail (il ne travaillait plus au même endroit) et lui a demandé de le rembourser. La plaignante l'a rencontré ce soir-là et, plus tard, au cours de la soirée, ils sont rentrés ensemble à pied. L'accusé a invité la plaignante à son appartement. Une fois à l'intérieur, il l'a agressée sexuellement.



The trial judge accepted the complainant's testimony about the assault as "clear, she was consistent and straightforward". It was uncontradicted and unshaken by cross-examination. The accused called no evidence and made no submissions. All the elements of the offence were proven by the Crown and the accused was convicted of sexual assault under s. 271 of the *Criminal Code*. He was sentenced to nine months' imprisonment.

### III. Judgments Below

#### A. Ontario Court of Justice (Provincial Division)

The trial judge, Judge Blishen, made many rulings in the course of the trial, which lasted over a year. Most were about the constitutionality of subsections of s. 276, all of which she upheld. She also ruled on the procedure to be followed on applications under s. 276.1 and s. 276.2 to introduce evidence of the complainant's prior sexual activity. I shall discuss only those findings that were appealed before this Court. The correctness of the others is not in dispute. The operation of the legislation is best understood in the context of the proceedings, so I shall discuss the issues in the order in which they arose at trial.

The accused tried early on to introduce evidence about the complainant's sexual history in the form of a brief affidavit signed by a lawyer at the firm by which he was represented. He also initially challenged the constitutionality of s. 276.1(2)(a), which requires that the affidavit contain "detailed particulars" about the evidence, on the grounds that it violates his rights under ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Charter*. The trial judge ruled on December 20, 1993 that the affidavit must contain detailed particulars if she is to be able to decide whether to proceed to a *voir dire*. Although this may require the accused to reveal his defence, the rule is constitutional on the basis of *Seaboyer* and consistent with the procedure for *Charter* applica-

Le juge du procès a reconnu que, dans son témoignage au sujet de l'agression, la plaignante avait été [TRADUCTION] «claire, cohérente et directe». Ce témoignage n'a été ni contredit ni ébranlé par le contre-interrogatoire. L'accusé n'a présenté aucune preuve ni aucun argument. Le ministère public a prouvé tous les éléments de l'infraction et l'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle au sens de l'art. 271 du *Code criminel*. Il a été condamné à neuf mois d'emprisonnement.

### III. Les jugements antérieurs

#### A. Cour de justice de l'Ontario (Division provinciale)

Le juge du procès, madame le juge Blishen, a rendu de nombreuses décisions au cours du procès qui a duré plus d'un an. Ses décisions portaient, pour la plupart, sur la constitutionnalité de certains paragraphes de l'art. 276, qu'elle a tous jugés constitutionnels. Elle s'est aussi prononcée sur la procédure applicable aux demandes fondées sur les art. 276.1 et 276.2 visant la présentation d'une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante. Je n'examinerai que les conclusions qui ont été portées en appel devant notre Cour. La justesse des autres conclusions n'est pas contestée. L'application de la mesure législative se comprend mieux dans le contexte des procédures en cause et je vais donc analyser les questions litigieuses selon l'ordre dans lequel elles se sont posées au procès.

D'entrée de jeu, l'accusé a tenté de présenter une preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante sous la forme d'un court affidavit signé par un avocat du cabinet qui le représentait. Il a également contesté, au départ, la constitutionnalité de l'exigence du par. 276.1(2) que l'affidavit contienne «toutes précisions» au sujet de la preuve en cause, pour le motif qu'elle porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et par les al. 11(c) et 11(d) de la *Charte*. Le juge du procès a décidé, le 20 décembre 1993, que l'affidavit devait contenir toutes les précisions pour qu'elle puisse être en mesure de déterminer s'il y avait lieu de tenir un *voir-dire*. Même si cela peut obliger l'accusé à divulguer ses moyens de défense, la règle

5

6

7

tions. Before she would require the detailed particulars, however, the trial judge had to decide the constitutionality of the sections that govern the admissibility of evidence of sexual activity generally, namely s. 276(1) and s. 276(2)(c).

8 The trial judge upheld the constitutionality of ss. 276(1) and 276(2)(c) on February 3, 1994 ((1994), 17 O.R. (3d) 481, at pp. 493 and 497). She found that these sections are faithful to *Seaboyer* and that they are capable of being read so as not to offend the Constitution. Section 276(1) prohibits only general inferences about consent and credibility. Evidence to support specific inferences may be admissible if it meets the criteria in ss. 276(2) and 276(3). Section 276(2)(c) requires that evidence have “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”. The trial judge upheld this section because it too faithfully “mirror[s]” Justice McLachlin’s (as she then was) requirement in *Seaboyer* that the trial judge exercise discretion to admit only evidence with “sufficient probative value” (p. 495). The balance between protecting the accused’s right to present evidence and ensuring that the court is not misled by highly prejudicial material is properly struck. Last, *Seaboyer* contemplated that the accused may have to testify on a *voir dire* before the evidence of sexual activity could be admitted. This requirement does not offend s. 7 or s. 11(c).

9 On May 3, 1994, the trial judge confirmed that the Crown has the right to see the particulars and to review them with the complainant “to properly prepare a response” for the *voir dire*. The accused’s lawyer had argued against this on the grounds that the element of surprise was essential to his cross-examination, but the trial judge

est constitutionnelle d’après l’arrêt *Seaboyer* et est conforme à la procédure applicable aux demandes fondées sur la *Charte*. Avant de demander les précisions, le juge du procès devait toutefois décider de la constitutionnalité des dispositions qui régissent l’admissibilité de la preuve du comportement sexuel en général, à savoir le par. 276(1) et l’al. 276(2)(c).

Le 3 février 1994, le juge du procès a confirmé la constitutionnalité du par. 276(1) et de l’al. 276(2)(c) ((1994), 17 O.R. (3d) 481, aux pp. 493 et 497). Elle a conclu que ces dispositions sont fidèles à l’arrêt *Seaboyer* et qu’elles peuvent être interprétées d’une manière non contraire à la Constitution. Le paragraphe 276(1) n’interdit que les déductions générales relatives au consentement et à la crédibilité. Les éléments de preuve à l’appui de déductions particulières peuvent être admissibles s’ils respectent les critères énoncés aux par. 276(2) et 276(3). L’alinéa 276(2)(c) exige que «le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de [la] preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante». Le juge du procès a confirmé la validité de cette disposition parce qu’elle [TRADUCTION] «reflète» elle aussi fidèlement l’exigence, formulée par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l’arrêt *Seaboyer*, que le juge du procès exerce son pouvoir discrétionnaire de manière à n’admettre que la preuve qui a une «force probante suffisante» (p. 495). L’équilibre est atteint entre la protection du droit de l’accusé de présenter des éléments de preuve et la nécessité d’assurer que la cour ne soit pas induite en erreur par des éléments très préjudiciables. Enfin, l’arrêt *Seaboyer* prévoyait que l’accusé pourrait avoir à témoigner au cours d’un *voir-dire* avant que la preuve du comportement sexuel puisse être admise. Cette exigence ne contrevient pas ni à l’art. 7 ni à l’al. 11(c).

Le 3 mai 1994, le juge du procès a confirmé que le ministère public a le droit de prendre connaissance des précisions et de les examiner avec la plaignante [TRADUCTION] «afin de préparer une réponse adéquate» pour le *voir-dire*. L’avocat de l’accusé s’y était opposé pour le motif que l’élément de surprise était essentiel à son

rejected this notion. Part of the purpose of the s. 276.1 proceeding was to prepare the witness for a potential intrusion into her privacy.

The trial judge then ruled on a new information and belief affidavit signed by a lawyer and submitted on May 10, 1994. The threshold test in s. 276.1(4)(c) for admitting the affidavit is whether the evidence is “capable of being admissible under s. 276(2)” ([1994] O.J. No. 3162 (QL), at para. 19). She found that there was no requirement for a hearing at this stage; the point of the two-stage process is to have a hearing at the second stage, and only if it is warranted (para. 21). There is inconsistent case law on the application of the test to the affidavit. The trial judge concluded that the proper approach was to ask “firstly, whether [the evidence] was barred absolutely by s. 276(1), and secondly, whether it was capable of meeting the criteria outlined in s. 276(2), and the general concerns and interests of justice as outlined in s. 276(3)” (para. 28).

The affidavit met this test and the accused was allowed to proceed to a *voir dire*. The defence then challenged the non-compellability of the complainant at the *voir dire* according to s. 276.2(2). The trial judge upheld the constitutionality of this section on May 17, 1994, on the basis that in the description of the procedure in *Seaboyer*, “[t]he complainant is specifically not included, and the accused is included” as possible witnesses at the *voir dire* ([1994] O.J. No. 3161 (QL), at para. 11). To permit a cross-examination of the complainant before the affidavit has been ruled admissible would defeat the purpose of s. 276. The complainant’s right to equality in ss. 15 and 28 of the *Charter* should be taken into account when putting reasonable limits on her cross-examination. This provision does not violate the accused’s s. 7 or s. 11(c) rights not to be compelled to testify against himself because his decision to put her

contre-interrogatoire, mais le juge du procès a rejeté cette idée. La procédure prévue à l’art. 276.1 a notamment pour but de préparer le témoin à une immixtion éventuelle dans sa vie privée.

Le juge du procès s’est ensuite prononcée sur un nouvel affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques, signé par un avocat et produit le 10 mai 1994. Le critère préliminaire du par. 276.1(4), qui s’applique à l’admissibilité de l’affidavit, consiste à déterminer s’il y a [TRADUCTION] «des possibilités que la preuve en cause soit admissible au titre du par. 276(2)» ([1994] O.J. No. 3162 (QL), au par. 19). Le juge a conclu qu’il n’y avait aucune exigence de tenir une audience à cette étape; le but de la procédure en deux étapes est de tenir une audience lors de la seconde étape, mais seulement si cela est justifié (par. 21). La jurisprudence relative à l’application du critère à l’affidavit n’est pas constante. Le juge du procès a conclu qu’il convenait de se demander [TRADUCTION] «premièrement, si [la preuve] était complètement interdite par le par. 276(1) et, deuxièmement, si elle pouvait satisfaire aux critères énoncés au par. 276(2) ainsi qu’aux intérêts généraux de la justice exposés au par. 276(3)» (par. 28).

10

L’affidavit respectait ce critère et l’accusé a été autorisé à tenir un *voir-dire*. La défense a alors contesté la non-contrainabilité de la plaignante au *voir-dire* selon le par. 276.2(2). Le juge du procès a confirmé la constitutionnalité de cette disposition le 17 mai 1994 pour le motif que, selon la description de la procédure dans l’arrêt *Seaboyer*, [TRADUCTION] «[l]a plaignante est expressément exclue et l’accusé est inclus» parmi les témoins éventuels au *voir-dire* ([1994] O.J. No. 3161 (QL), au par. 11). Permettre le contre-interrogatoire de la plaignante avant qu’un affidavit ait été jugé admissible irait à l’encontre de l’objet de l’art. 276. En imposant des limites raisonnables au contre-interrogatoire de la plaignante, il y a lieu de tenir compte du droit à l’égalité que garantissent à cette dernière les art. 15 et 28 de la *Charte*. Cette disposition ne porte pas atteinte au droit de l’accusé de ne pas être contraint de témoigner contre

11

sexual history in issue was a tactical one and not a legal compulsion.

lui-même, que lui garantit l'art. 7 ou l'al. 11c), parce que sa décision de mettre en cause le comportement sexuel antérieur de la plaignante était une décision tactique plutôt que le résultat d'une contrainte juridique.

12 In her next ruling, on May 30, 1994, the trial judge decided how the *voir dire* in s. 276.2(2) should be conducted ([1994] O.J. No. 3160 (QL)). First she held that an information and belief affidavit, such as the one she had accepted at the first stage, would not suffice at the second stage. "[S]ome direct evidence" must be led (para. 11). She accepted the analogy to *Charter* applications, where "the onus will be on the accused, and the burden of proof will be on a balance of probabilities" (para. 15). To meet the mandate of the legislation and to determine admissibility properly, the trial judge also found that the Crown had the right to cross-examine the accused on the evidence he sought to adduce. The legislation requires "some weighing and some assessing of the evidence" (para. 20).

Dans l'autre décision qu'elle a rendue le 30 mai 1994, le juge du procès a décidé comment devrait se dérouler le *voir-dire* prévu au par. 276.2(2) ([1994] O.J. No. 3160 (QL)). Premièrement, elle a statué qu'un affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques, comme celui qu'elle avait accepté à la première étape, ne serait pas suffisant à la deuxième étape. [TRADUCTION] «[U]ne preuve directe» doit être produite (par. 11). Le juge du procès a accepté l'analogie faite avec les demandes fondées sur la *Charte*, dans lesquelles [TRADUCTION] «le fardeau de la preuve incombe à l'accusé et la preuve doit être faite selon la prépondérance des probabilités» (par. 15). Elle a aussi conclu que, pour respecter l'objet de la mesure législative et décider adéquatement de l'admissibilité, le ministère public avait le droit de contre-interroger l'accusé sur la preuve qu'il cherchait à produire. La mesure législative exige [TRADUCTION] «une certaine évaluation de la preuve» (par. 20).

13 The court proceeded with the trial proper. The complainant was cross-examined and the defence renewed its application for a *voir dire* to introduce evidence about her past sexual activity. At the *voir dire*, the accused presented his own detailed affidavit but refused to be cross-examined on it. The trial judge found that without cross-examination, "the court can not attribute much, if any, weight to such evidence" because it is impossible to assess its probative value and prejudicial effect as the legislation requires. There were other problems with the affidavit. The trial judge also found that the sexual activity described in the affidavit was "in no way corroborated by the complainant". The accused failed to lead any evidence "as to a link between the proposed evidence . . . and the possible defence of honest mistaken belief in consent. He has provided no evidence as to his own state of mind resulting from the alleged previous sexual

La cour a tenu le procès comme tel. La plaignante a été contre-interrogée et la défense a réitéré sa demande de *voir-dire* afin de présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Lors du *voir-dire*, l'accusé a produit son propre affidavit détaillé, mais a refusé d'être contre-interrogé sur celui-ci. Le juge du procès a conclu que, sans contre-interrogatoire, [TRADUCTION] «la cour ne peut attribuer que peu ou pas d'importance à cet élément de preuve» parce qu'il est impossible d'en évaluer la valeur probante et l'effet préjudiciable comme l'exige la mesure législative. L'affidavit posait d'autres problèmes. Le juge du procès a aussi conclu que le comportement sexuel décrit dans l'affidavit [TRADUCTION] «n'était nullement corroboré par la plaignante». L'accusé n'a produit aucune preuve [TRADUCTION] «quant à l'existence d'un lien entre la preuve proposée [. . .] et la défense éventuelle de la croyance

conduct”. The trial judge refused to admit the evidence of prior sexual activity and the trial ended.

#### B. Ontario Court of Appeal

The Court of Appeal upheld the trial judge’s findings about the constitutionality of the law and about the procedure the law requires: (1998), 38 O.R. (3d) 1. The law does not violate the accused’s right to make full answer and defence, his right not to be compelled to testify against himself or his right to a fair trial as protected by ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Charter*.

The Court of Appeal affirmed that s. 276(1) is not a blanket prohibition on evidence of a complainant’s sexual history. The requirement of “significant probative value” in s. 276(2)(c) mirrors *Seaboyer* and can be read in accord with ss. 7 and 11(d). Because the evidence at issue will “inherently” prejudice the complainant, its probative value will have to be high in any case, even at common law. With respect to s. 276.1(2)(a), the Court of Appeal agreed that requiring detailed particulars in the affidavit does not violate the accused’s s. 7 or s. 11 rights. They list several other contexts in which the accused may have to disclose a defence. Last, the Court of Appeal agreed that the complainant is not compellable in law at the hearing.

The Court of Appeal affirmed that the accused’s right to make full answer and defence should be protected as fully as possible while preserving the complainant’s legitimate privacy interest. Recognizing interests other than the accused’s does not in itself infringe the Constitution. “[A] decision [of a judge] could . . . deny an accused the right to a fair trial. In such a case it would be the decision, not the legislation, which infringed the accused’s constitutional rights” (p. 17).

sincère mais erronée au consentement. Il n’a fourni aucune preuve relative à son état d’esprit par suite du comportement sexuel antérieur allégué». Le juge du procès a refusé d’admettre la preuve du comportement sexuel antérieur et le procès a pris fin.

#### B. Cour d’appel de l’Ontario

La Cour d’appel a confirmé les conclusions du juge du procès au sujet de la constitutionnalité de la mesure législative et de la procédure qu’elle prescrit: (1998), 38 O.R. (3d) 1. Cette mesure législative ne viole pas le droit de l’accusé à une défense pleine et entière, son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même et son droit à un procès équitable qui lui sont garantis par l’art. 7 et les al. 11(c) et 11(d) de la *Charte*.

La Cour d’appel a confirmé que le par. 276(1) ne constitue pas une interdiction générale de toute preuve du comportement sexuel d’un plaignant. L’exigence de «valeur probante» à l’al. 276(2)c reflète l’arrêt *Seaboyer* et peut être interprétée d’une manière conforme à l’art. 7 et à l’al. 11(d). Comme la preuve en cause sera «fondamentalement» préjudiciable à la plaignante, elle devra avoir une grande valeur probante, même en common law. Au sujet du par. 276.1(2), la Cour d’appel a reconnu que l’obligation d’apporter des précisions dans l’affidavit ne porte pas atteinte aux droits garantis à l’accusé par l’art. 7 ou l’art. 11. Elle a énuméré divers autres contextes dans lesquels l’accusé peut avoir à divulguer un moyen de défense. Enfin, la Cour d’appel a reconnu que la plaignante n’est pas un témoin juridiquement contraignable à l’audience.

La Cour d’appel a affirmé qu’il y a lieu de protéger le mieux possible le droit de l’accusé à une défense pleine et entière tout en préservant le droit légitime de la plaignante à sa vie privée. Reconnaître d’autres droits que ceux de l’accusé ne contrevenir pas en soi à la Constitution. [TRADUCTION] «[U]ne décision [d’un juge] pourrait [. . .] refuser à un accusé le droit à un procès équitable. Le cas échéant, ce serait la décision, et non la mesure législative, qui porterait atteinte aux droits constitutionnels de l’accusé» (p. 17).

14

15

16

IV. Relevant Statutory Provisions

17 *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

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

- (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 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;

IV. Dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

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

- a) 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 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'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;
- e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;
- f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

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

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

**276.1** (1) Application may be made to the judge, provincial court judge or justice by or on behalf of the accused for a hearing under section 276.2 to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2).

(2) An application referred to in subsection (1) must be made in writing and set out

(a) detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce, and

(b) the relevance of that evidence to an issue at trial,

and a copy of the application must be given to the prosecutor and to the clerk of the court.

(3) The judge, provincial court judge or justice shall consider the application with the jury and the public excluded.

(4) Where the judge, provincial court judge or justice is satisfied

(a) that the application was made in accordance with subsection (2),

(b) that a copy of the application was given to the prosecutor and to the clerk of the court at least seven days previously, or such shorter interval as the judge, provincial court judge or justice may allow where the interests of justice so require, and

(c) that the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under subsection 276(2),

the judge, provincial court judge or justice shall grant the application and hold a hearing under section 276.2 to determine whether the evidence is admissible under subsection 276(2).

**276.2** (1) At a hearing to determine whether evidence is admissible under subsection 276(2), the jury and the public shall be excluded.

(2) The complainant is not a compellable witness at the hearing.

(3) At the conclusion of the hearing, the judge, provincial court judge or justice shall determine whether the evidence, or any part thereof, is admissible under subsection 276(2) and shall provide reasons for that determination, and

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.

**276.1** (1) L'accusé ou son représentant peut demander au juge, au juge de la cour provinciale ou au juge de paix de tenir une audition en application de l'article 276.2 en vue de décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe 276(2).

(2) La demande d'audition est formulée par écrit et énonce toutes précisions au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle-ci avec un élément de la cause; une copie en est expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal.

(3) Le jury et le public sont exclus de l'audition de la demande.

(4) Une fois convaincu que la demande a été établie conformément au paragraphe (2), qu'une copie en a été expédiée au poursuivant et au greffier du tribunal au moins sept jours auparavant ou dans le délai inférieur autorisé par lui dans l'intérêt de la justice et qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible, le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix accorde la demande et tient une audition pour décider effectivement de l'admissibilité de la preuve au titre du paragraphe 276(2).

**276.2** (1) Le jury et le public sont exclus de l'audition tenue pour décider de l'admissibilité de la preuve au titre du paragraphe 276(2).

(2) Le plaignant n'est pas un témoin contraignable à l'audition.

(3) Le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix est tenu de motiver la décision qu'il rend à la suite de l'audition sur l'admissibilité de tout ou partie de la preuve au titre du paragraphe 276(2), en précisant les points suivants:

(a) where not all of the evidence is to be admitted, the reasons must state the part of the evidence that is to be admitted;

(b) the reasons must state the factors referred to in subsection 276(3) that affected the determination; and

(c) where all or any part of the evidence is to be admitted, the reasons must state the manner in which that evidence is expected to be relevant to an issue at trial.

(4) The reasons provided under subsection (3) shall be entered in the record of the proceedings or, where the proceedings are not recorded, shall be provided in writing.

#### *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(c) not to be compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence;

(d) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

#### V. Issues

18

The points in issue are, by order of Lamer C.J., the following constitutional questions:

1. Do ss. 276.1(2)(a) and 276.2(2) of the *Criminal Code* of Canada infringe upon an accused's right to silence and the right not to be compelled to be a witness in proceedings against himself in respect of the offence pursuant to s. 7 and/or s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

a) les éléments de la preuve retenus;

b) ceux des facteurs mentionnés au paragraphe 276(3) ayant fondé sa décision;

c) la façon dont tout ou partie de la preuve à admettre est en rapport avec un élément de la cause.

(4) Les motifs de la décision sont à porter dans le procès-verbal des débats ou, à défaut, donnés par écrit.

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

. . . .

c) de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche;

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

#### V. Questions en litige

Les questions en litige sont, par ordre du juge en chef Lamer, les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les paragraphes 276.1(2) et 276.2(2) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte au droit de l'accusé de garder le silence et à son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche, droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou par l'une ou l'autre de ces dispositions?



2. If the answer to question number one is yes, are the infringements demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Charter*?
3. Do ss. 276(1), 276(2)(c) and 276.2(2) of the *Criminal Code* of Canada infringe upon an accused's right to make full answer and defence pursuant to s. 7 and/or s. 11(d) of the *Charter*?
4. If the answer to question number three is yes, are the infringements demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Charter*?

#### VI. Analysis

In *Seaboyer*, the Court unanimously affirmed the legitimate purposes of s. 276 as being to protect the integrity of the trial by excluding evidence that is misleading, to protect the rights of the accused as well as to encourage reporting of sexual offences by protecting the security and privacy of complainants (at p. 606). The majority found that the earlier version of s. 276 was unconstitutional because it was a blanket exclusion of evidence of sexual activity, subject to three categorical exceptions. It did not allow for the potential multiple relevance of this evidence or for the exercise of judicial discretion to determine its relevance (at p. 618). The law was struck down and in its place the Court provided guidelines for the admission of evidence designed to remedy these defects while preserving the intent of s. 276.

The current version of s. 276 is in essence a codification by Parliament of the Court's guidelines in *Seaboyer*. It contains substantive sections that prevent evidence of a complainant's past sexual activity from being used for improper purposes and procedural sections that enforce this rule. The constitutional challenge in the case at bar focuses on four aspects of s. 276; two of them are substantive and two are procedural. The ultimate justification for all four is that they are found in some form in

2. Si la réponse à la première question est oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*?
3. Le paragraphe 276(1), l'al. 276(2)c) et le par. 276.2(2) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière qui est garanti à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* par l'une ou l'autre de ces dispositions?
4. Si la réponse à la troisième question est oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*?

#### VI. Analyse

Dans l'arrêt *Seaboyer*, la Cour a confirmé à l'unanimité que les objets légitimes de l'art. 276 sont de préserver l'intégrité du procès par l'exclusion des éléments de preuve trompeurs, de protéger les droits de l'accusé et d'inciter au dépôt de plaintes en matière d'infractions d'ordre sexuel grâce à la protection de la sécurité et de la vie privée des plaignants (à la p. 606). Les juges majoritaires ont conclu que la version antérieure de l'art. 276 était inconstitutionnelle parce qu'elle constituait une exclusion générale de toute preuve de comportement sexuel, sous réserve de trois catégories d'exceptions. Elle ne permettait pas que cette preuve puisse être pertinente à des fins multiples et ne permettait pas non plus l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour en déterminer la pertinence (à la p. 618). La mesure législative a été invalidée et la Cour l'a remplacée par des lignes directrices concernant l'admission de la preuve afin de remédier à ces lacunes tout en préservant l'objet de l'art. 276.

Le texte actuel de l'art. 276 est essentiellement une codification par le législateur des lignes directrices que notre Cour a formulées dans l'arrêt *Seaboyer*. Cet article contient des dispositions de fond qui empêchent d'utiliser à des fins irrégulières la preuve du comportement sexuel antérieur d'un plaignant, ainsi que d'autres dispositions qui énoncent la procédure à suivre pour appliquer cette règle. La contestation constitutionnelle en l'espèce porte sur quatre éléments de l'art. 276; deux de

the *Seaboyer* guidelines (at p. 635). At a general level, the constitutionality of both the rule and the procedure has already been established. The procedure in particular was not discussed in any detail in *Seaboyer*, however, so I shall review why these rules, in the form in which they were ultimately enacted by Parliament, are constitutional.

ceux-ci concernent le fond et les deux autres, la procédure. Ces quatre éléments se justifient tous en fin de compte par le fait qu'on les retrouve sous une forme ou une autre dans les lignes directrices de l'arrêt *Seaboyer* (à la p. 635). De façon générale, la constitutionnalité de la règle et de la procédure a déjà été établie. La procédure n'a toutefois pas été analysée en détail dans l'arrêt *Seaboyer*, et c'est la raison pour laquelle je dois examiner pourquoi ces règles, telles que le législateur les a adoptées en fin de compte, sont constitutionnelles.

21 The accused challenges the constitutionality of s. 276 on two grounds. He claims that the substantive sections that exclude evidence violate his s. 7 right to make full answer and defence and his s. 11(d) right to a fair trial and the presumption of innocence. As I show below, his argument fails because the legislation enhances the fairness of the hearing by excluding misleading evidence from trials of sexual offences. It preserves the accused's right to adduce relevant evidence that meets certain criteria and so to make full answer and defence.

L'accusé conteste la constitutionnalité de l'art. 276 pour deux motifs. Il affirme que les dispositions de fond qui excluent des éléments de preuve portent atteinte au droit à une défense pleine et entière que lui garantit l'art. 7 ainsi qu'à son droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence que lui garantit l'al. 11d). Pour les motifs qui suivent, son argument doit être rejeté parce que la mesure législative favorise l'équité de l'audience en excluant les éléments de preuve trompeurs des procès portant sur des infractions d'ordre sexuel. Elle protège le droit de l'accusé de produire une preuve pertinente qui respecte certains critères et ainsi, de présenter une défense pleine et entière.

22 The accused's second challenge is that the procedural sections violate his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him, as guaranteed by ss. 7 and 11(c). The arguments relating to self-incrimination fail because s. 276 does not create a legal compulsion to testify. The accused participates voluntarily in order to exculpate himself. Because he seeks to introduce evidence about the complainant's sexual activity, it is up to him to show how it is relevant. The presumption of innocence is preserved because the Crown still bears the burden of proving all the elements of the offence. His constitutional rights are not infringed by either the substantive or the procedural parts of s. 276. The balance struck in *Seaboyer*

Le deuxième motif de la contestation de l'accusé est que les dispositions concernant la procédure à suivre portent atteinte au droit, que lui garantissent l'art. 7 et l'al. 11c), de ne pas être contraint de témoigner dans des poursuites intentées contre lui. Les arguments relatifs à l'auto-incrimination doivent être rejetés parce que l'art. 276 n'établit aucune contrainte juridique à témoigner. L'accusé participe volontairement afin de se disculper. Parce qu'il cherche à présenter une preuve relative au comportement sexuel de la plaignante, il incombe à l'accusé de démontrer en quoi cette preuve est pertinente. La présomption d'innocence est respectée parce que le ministère public a toujours le fardeau de prouver tous les éléments de l'infraction. Les dispositions de l'art. 276, qu'elles visent le fond ou la procédure, ne portent pas atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé. L'équilibre atteint dans l'arrêt *Seaboyer* entre les intérêts de la justice, ceux de l'accusé et ceux de la

among the interests of justice, the accused and the complainant is preserved in the current legislation.

A. *The Approach to Sections 7, 11(c) and 11(d) of the Charter*

The accused claims that his right not to be compelled to testify against himself as protected by s. 11(c) and his right to a fair trial with the presumption of innocence as protected by s. 11(d) are infringed by s. 276. He therefore claims that he is deprived of his liberty in a way that is not in accordance with the principles of fundamental justice, contrary to s. 7 of the *Charter*. In *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, the Court dealt with a claim that s. 11(d) was violated in combination with s. 7, and the Court analysed the issues under the rubric of s. 7 on the grounds that the fair trial specifically protected by s. 11(d) was itself a principle of fundamental justice under s. 7. In *R. v. White*, [1999] 2 S.C.R. 417, at paras. 40 and 44, Iacobucci J. described s. 11(c) as a procedural protection that underlies the principle against self-incrimination, which is also a principle of fundamental justice under s. 7. In both cases, the Court analysed the rights involved in the context of s. 7.

These cases are part of the Court's jurisprudence that has consistently held that the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 protect more than the rights of the accused. As McLachlin J. wrote in *Seaboyer, supra*, at p. 603:

The principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns . . . . The ultimate question is whether the legislation, viewed in a purposive way, conforms to the fundamental precepts which underlie our system of justice.

One of the implications of this analysis is that while the right to make full answer and defence and the principle against self-incrimination are certainly core principles of fundamental justice, they can be respected without the accused being entitled to "the most favourable procedures that could possibly be imagined" (*R. v. Lyons*, [1987] 2

plaignante est maintenu dans la mesure législative actuelle.

A. *L'interprétation de l'art. 7 et des al. 11c) et 11d) de la Charte*

L'accusé prétend que l'art. 276 porte atteinte au droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même que lui garantit l'al. 11c) ainsi qu'au droit à un procès équitable et à la présomption d'innocence que lui garantit l'al. 11d). Il soutient donc qu'il est privé de sa liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, en violation de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, la Cour était saisie de l'argument selon lequel l'al. 11d) était violé conjointement avec l'art. 7, et elle a analysé les questions en litige au titre de l'art. 7 pour le motif que le procès équitable expressément garanti par l'al. 11d) était un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. Dans l'arrêt *R. c. White*, [1999] 2 R.C.S. 417, aux par. 40 et 44, le juge Iacobucci a décrit l'al. 11c) comme une garantie procédurale sous-jacente au principe interdisant l'auto-incrimination, qui est lui aussi un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. Dans les deux cas, la Cour a analysé les droits en cause dans le contexte de l'art. 7.

Ces arrêts font partie de la jurisprudence de la Cour qui a constamment décidé que les principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 protègent davantage que les droits de l'accusé. Comme l'a écrit le juge McLachlin dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 603:

Les principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales. [. . .] Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l'objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice.

L'une des conséquences de cette analyse est que, même si le droit à une défense pleine et entière et le principe interdisant l'auto-incrimination sont certes des principes essentiels de justice fondamentale, ils peuvent être respectés sans que l'accusé ait le droit de bénéficier «des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer» (*R. c. Lyons*,

23

24

S.C.R. 309, at p. 362; cited in *Mills*, *supra*, at para. 72). Nor is the accused entitled to have procedures crafted that take only his interests into account. Still less is he entitled to procedures that would distort the truth-seeking function of a trial by permitting irrelevant and prejudicial material at trial.

[1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362; cité dans *Mills*, précité, au par. 72). L'accusé n'a pas non plus le droit de bénéficier de procédures qui ne tiennent compte que de ses intérêts. Il a encore moins le droit de bénéficier de procédures qui dénatureraient la fonction de recherche de la vérité d'un procès en permettant la communication au procès d'éléments de preuve non pertinents et préjudiciables.

25 In *Seaboyer*, the Court found that the principles of fundamental justice include the three purposes of s. 276 identified above: protecting the integrity of the trial by excluding evidence that is misleading, protecting the rights of the accused, as well as encouraging the reporting of sexual violence and protecting "the security and privacy of the witnesses" (p. 606). This was affirmed in *Mills*, *supra*, at para. 72. The Court crafted its guidelines in *Seaboyer* in accordance with these principles, and it is in relation to these principles that the effects of s. 276 on the accused must be evaluated.

Dans l'arrêt *Seaboyer*, la Cour a conclu que les principes de justice fondamentale comprennent les trois objets de l'art. 276 qui sont décrits plus haut: la préservation de l'intégrité du procès par l'exclusion des éléments de preuve trompeurs, la protection des droits de l'accusé de même que l'incitation au dépôt de plaintes de violence sexuelle et la protection «de la sécurité et de la vie privée des témoins» (p. 606). Cela a été confirmé dans l'arrêt *Mills*, précité, au par. 72. Dans l'arrêt *Seaboyer*, la Cour a formulé ses lignes directrices conformément à ces principes, et c'est en fonction de ces principes qu'il faut évaluer les effets de l'art. 276 sur l'accusé.

26 The Court in *Mills* upheld the constitutionality of the provisions in the *Criminal Code* that control the use of personal and therapeutic records in trials of sexual offences. The use of these records in evidence is analogous in many ways to the use of evidence of prior sexual activity, and the protections in the *Criminal Code* surrounding the use of records at trial are motivated by similar policy considerations. L'Heureux-Dubé J. has warned that therapeutic records should not become a tool for circumventing s. 276: "[w]e must not allow the defence to do indirectly what it cannot do directly" (*R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 122, and *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 624). Academic commentators have observed that the use of therapeutic records increased with the enactment of s. 276 nonetheless (see K. D. Kelly, "You must be crazy if you think you were raped": Reflections on the Use of Complainants' Personal

Dans l'arrêt *Mills*, la Cour a confirmé la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui régissent l'utilisation des dossiers thérapeutiques et personnels dans les procès pour des infractions d'ordre sexuel. L'utilisation de ces dossiers en preuve est analogue à bien des égards à l'utilisation d'une preuve de comportement sexuel antérieur, et les protections du *Code criminel* qui ont trait à l'utilisation de dossiers au procès reposent sur des considérations de principe similaires. Le juge L'Heureux-Dubé a mis en garde contre l'utilisation des dossiers thérapeutiques pour contourner l'art. 276: «[i]l ne doit pas être permis à la défense de faire indirectement ce qu'elle ne pourrait pas faire directement» (*R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 122, et *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 624). Des auteurs de doctrine ont fait remarquer que l'utilisation de dossiers thérapeutiques avait néanmoins augmenté depuis l'adoption de l'art. 276 (voir K. D. Kelly, "You must be crazy if you think you were raped": Reflections on the Use of Complainants' Personal

and Therapy Records in Sexual Assault Trials” (1997), 9 *C.J.W.L.* 178, at p. 181).

The provisions that control the use of personal records contain a two-step procedure like that in s. 276. The defence must first apply in writing under s. 278.3 with grounds to establish that the record is “likely relevant”. On a *voir dire*, the judge may order the holder of the record to produce it if the defence can demonstrate that the record is “likely relevant” and “is necessary in the interests of justice”. The judge then reviews the material and decides whether or not to produce it to the accused. The *Code* contains a list of factors to help the judge determine the relevance of the record, much like the list in s. 276 to help the trial judge exercise her discretion to admit evidence of prior sexual activity.

The constitutional issue in *Mills* was analogous to that in the present case because the therapeutic records provisions can potentially exclude relevant evidence from a trial. Although this is less likely under s. 276, in the sense that the accused is better able to establish the relevance of sexual activity in which he participated than he can describe therapeutic records not in his possession, it is still possible. This is because the test for admissibility in s. 276(2) requires not only that the evidence be relevant but also that it be more probative than prejudicial. *Mills* dealt with a conflict among the same three *Charter* principles that are in issue in the case at bar: full answer and defence, privacy and equality (at para. 61). The Court defined these rights relationally: “the scope of the right to make full answer and defence must be determined in light of privacy and equality rights of complainants and witnesses” (paras. 62-66 and 94). The exclusionary rule was upheld. The privacy and equality concerns involved in protecting the records justified interpreting the right to make full answer and

and Therapy Records in Sexual Assault Trials» (1997), 9 *R.F.D.* 178, à la p. 181).

Les dispositions qui régissent l’utilisation de dossiers personnels établissent une procédure en deux étapes similaire à celle que l’on trouve à l’art. 276. La défense doit tout d’abord formuler, en vertu de l’art. 278.3, une demande par écrit dans laquelle elle indique les motifs invoqués pour démontrer que le dossier est «vraisemblablement pertinent». Lors d’un voir-dire, le juge peut ordonner au détenteur du dossier de le communiquer si la défense peut démontrer que le dossier est «vraisemblablement pertinent» et que sa communication «sert les intérêts de la justice». Le juge examine ensuite les documents et décide s’il y a lieu de les communiquer à l’accusé. Le *Code* comporte une liste de facteurs destinés à aider le juge à déterminer si le dossier est pertinent; cette liste ressemble beaucoup à celle qui, à l’art. 276, vise à aider le juge du procès à exercer son pouvoir discrétionnaire d’admettre une preuve de comportement sexuel antérieur.

Dans l’arrêt *Mills*, la question constitutionnelle était analogue à celle qui se pose en l’espèce du fait que les dispositions concernant les dossiers thérapeutiques peuvent éventuellement avoir pour effet d’exclure d’un procès des éléments de preuve pertinents. Bien que ce soit moins susceptible de se produire sous le régime de l’art. 276, en ce sens que l’accusé est plus en mesure d’établir la pertinence d’une activité sexuelle à laquelle il a pris part que de décrire des dossiers thérapeutiques qu’il n’a pas en sa possession, cela est toujours possible. Il en est ainsi parce que le critère d’admissibilité prévu au par. 276(2) exige non seulement que la preuve soit pertinente, mais encore qu’elle soit plus probante que préjudiciable. L’arrêt *Mills* portait sur un conflit entre les trois mêmes principes de la *Charte* qui sont en cause en l’espèce: la défense pleine et entière, la vie privée et l’égalité (au par. 61). La Cour a défini ces droits les uns par rapport aux autres: «[l]a portée du droit à une défense pleine et entière doit [. . .] être déterminée en fonction des droits à la vie privée et à l’égalité des plaignants et des témoins» (par. 62 à 66 et 94). La validité de la règle d’exclusion a été

27

28

defence in a way that did not include a right to all relevant evidence.

29

The Court has taken a similar approach to the principle against self-incrimination. In *White*, *supra*, the principle against self-incrimination was also held to require a contextual analysis: “[t]he principle against self-incrimination demands different things at different times, with the task in every case being to determine exactly what the principle demands, if anything, within the particular context at issue” (para. 45). At the same time, “[e]ach principle of fundamental justice must be interpreted in light of those other individual and societal interests that are of sufficient importance that they may appropriately be characterized as principles of fundamental justice” (para. 47). In that case, the use at the accused’s criminal trial of statements made by her under compulsion of the *Motor Vehicle Act* was found to violate the principle against self-incrimination.

30

In *Mills* and in *White*, the Court defined the scope of the accused’s rights in a contextual way that reconciled the principles of fundamental justice. In *Mills*, legislation that excludes evidence was upheld as constitutional, to the benefit of the Crown; in *White*, evidence was excluded to the benefit of the accused, on the grounds that it was unfairly obtained through compulsion. In *Seaboyer*, a blanket exclusionary rule about evidence of prior sexual activity was struck down as unconstitutional in favour of vesting discretionary power to admit evidence in the trial judge. The old s. 276 was held to violate ss. 7 and 11(d) and could not be justified under s. 1. The Court’s substitute guidelines were fully constitutional and did not require a s. 1 justification, much like in *Mills*.

confirmée. Les questions de vie privée et d’égalité en cause dans la protection des dossiers justifiaient de donner au droit à une défense pleine et entière une interprétation qui n’incluait pas un droit à tous les éléments de preuve pertinents.

La Cour a adopté un point de vue semblable relativement au principe interdisant l’auto-incrimination. Dans l’arrêt *White*, précité, il a été statué que ce principe devait faire l’objet d’une analyse contextuelle: «[l]e principe interdisant l’auto-incrimination exige différentes choses à différents moments, la tâche dans chaque affaire étant de déterminer avec précision ce que le principe exige, s’il y a lieu, dans le contexte particulier en cause» (par. 45). Parallèlement, «[c]haque principe de justice fondamentale doit être interprété à la lumière d’intérêts individuels et sociaux qui revêtent suffisamment d’importance pour être qualifiés à juste titre de principes de justice fondamentale» (par. 47). Dans cette affaire, on a jugé que l’utilisation au procès criminel de l’accusée des déclarations qu’elle avait faites en raison d’une obligation imposée par la *Motor Vehicle Act* contrevenait au principe interdisant l’auto-incrimination.

Dans les arrêts *Mills* et *White*, la Cour a donné à la portée des droits de l’accusé une définition contextuelle conciliant les principes de justice fondamentale. Dans l’arrêt *Mills*, la mesure législative qui exclut des éléments de preuve a été jugée constitutionnelle, à l’avantage du ministère public; dans l’arrêt *White*, la preuve a été exclue au profit de l’accusé, pour le motif qu’elle avait été obtenue inéquitablement par contrainte. Dans l’arrêt *Seaboyer*, une règle d’exclusion générale de la preuve du comportement sexuel antérieur a été invalidée pour le motif qu’elle était inconstitutionnelle et un pouvoir discrétionnaire d’admettre une telle preuve a plutôt été conféré au juge du procès. Il a été jugé que l’ancien art. 276 contrevenait à l’art. 7 et à l’al. 11d) et ne pouvait être justifié en vertu de l’article premier. Les lignes directrices substituées par la Cour étaient parfaitement constitutionnelles et n’avaient pas à être justifiées en vertu de l’article premier, comme dans l’arrêt *Mills*.

In the case at bar, I affirm the reasons in *Seaboyer* and find that none of the accused's rights are infringed by s. 276 as he alleges. *Seaboyer* provides a basic justification for the legislative scheme in s. 276, including the determination of relevance as well as the prejudicial and probative value of the evidence. *Mills* and *White* show how the impact of s. 276 on the principles of fundamental justice relied on by the accused should be assessed in light of the other principles of fundamental justice that s. 276 was designed to protect. The reasons in *Mills* are apposite because they demonstrate how the same principles of equality, privacy and fairness can be reconciled. I shall show below how the procedure created by s. 276 to protect the trial process from distortion and to protect complainants is consistent with the principles of fundamental justice. It is fair to the accused and properly reconciles the divergent interests at play, as the Court suggested in *Seaboyer*.

#### B. *The Substantive Sections*

##### (1) Section 276(1) — The Exclusionary Rule

The accused objects to the exclusionary rule itself in s. 276(1) on the grounds that it is a “blanket exclusion” that prevents him from adducing evidence necessary to make full answer and defence, as guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He is mistaken in his characterization of the rule. Far from being a “blanket exclusion”, s. 276(1) only prohibits the use of evidence of past sexual activity when it is offered to support two specific, illegitimate inferences. These are known as the “twin myths”, namely that a complainant is more likely to have consented or that she is less worthy of belief “by reason of the sexual nature of [the] activity” she once engaged in.

This section gives effect to McLachlin J.'s finding in *Seaboyer* that the “twin myths” are simply not relevant at trial. They are not probative of consent or credibility and can severely distort the trial process. Section 276(1) also clarifies *Seaboyer*

En l'espèce, je confirme les motifs de l'arrêt *Seaboyer* et je conclus qu'aucun des droits de l'accusé n'est violé par l'art. 276 comme il l'allègue. L'arrêt *Seaboyer* fournit une justification fondamentale du régime législatif de l'art. 276, y compris la détermination de la pertinence de même que de l'effet préjudiciable et de la valeur probante de la preuve. Les arrêts *Mills* et *White* montrent comment l'effet de l'art. 276 sur les principes de justice fondamentale invoqués par l'accusé devrait être évalué en fonction des autres principes de justice fondamentale que ledit article est conçu pour protéger. Les motifs de l'arrêt *Mills* sont pertinents parce qu'ils démontrent comment les mêmes principes d'égalité, de vie privée et d'équité sont conciliables. J'examinerai plus loin en quoi la procédure établie par l'art. 276 pour empêcher que le procès ne soit dénaturé et pour protéger les plaignants est conforme aux principes de justice fondamentale. Elle est équitable pour l'accusé et elle concilie les intérêts divergents qui sont en jeu, comme l'a indiqué la Cour dans l'arrêt *Seaboyer*.

#### B. *Les dispositions de fond*

##### (1) Paragraphe 276(1) — La règle d'exclusion

L'accusé s'oppose à la règle même d'exclusion qu'établit le par. 276(1), pour le motif qu'il s'agit d'une «exclusion générale» qui l'empêche de présenter des éléments de preuve nécessaires à une défense pleine et entière, conformément au droit que lui garantissent l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Sa qualification de la règle est erronée. Loin d'être une «exclusion générale», le par. 276(1) ne fait qu'interdire l'utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur pour étayer deux déductions illégitimes particulières. On les appelle les «deux mythes», à savoir qu'une plaignante est plus susceptible d'avoir consenti ou qu'elle est moins digne de foi en raison «du caractère sexuel de [l']activité» qu'elle a déjà exercée.

Cette disposition fait suite à la conclusion du juge McLachlin dans l'arrêt *Seaboyer* selon laquelle les «deux mythes» ne sont simplement pas pertinents au procès. Ils ne sont pas probants quant au consentement ou à la crédibilité, et ils peuvent

31

32

33

in several respects. Section 276 applies to all sexual activity, whether with the accused or with someone else. It also applies to non-consensual as well as consensual sexual activity, as this Court found implicitly in *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, at para. 17. Although the *Seaboyer* guidelines referred to “consensual sexual conduct” (pp. 634-35), Parliament enacted the new version of s. 276 without the word “consensual”. Evidence of non-consensual sexual acts can equally defeat the purposes of s. 276 by distorting the trial process when it is used to evoke stereotypes such as that women who have been assaulted must have deserved it and that they are unreliable witnesses, as well as by deterring people from reporting assault by humiliating them in court. The admissibility of evidence of non-consensual sexual activity is determined by the procedures in s. 276. Section 276 also settles any ambiguity about whether the “twin myths” are limited to inferences about “unchaste” women in particular; they are not (as discussed by C. Boyle and M. MacCrimmon, “The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered” (1999), 41 *Crim. L.Q.* 198, at pp. 231-32).

dénaturer gravement le procès. Le paragraphe 276(1) clarifie aussi l’arrêt *Seaboyer* à maints égards. Il s’applique à toutes les activités sexuelles, que ce soit avec l’accusé ou avec une autre personne. Il s’applique aussi aux activités sexuelles tant consensuelles que non consensuelles, comme notre Cour l’a conclu implicitement dans l’arrêt *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, au par. 17. Bien que, dans les lignes directrices de l’arrêt *Seaboyer*, l’on parle de «consent[ement] à des rapports sexuels» (p. 635), le législateur n’a pas utilisé le mot «consentement» dans la nouvelle version de l’art. 276. La preuve d’actes sexuels non consensuels peut également aller à l’encontre des objets de l’art. 276 en dénaturant le procès lorsqu’elle sert à évoquer des stéréotypes, comme celui voulant que les femmes qui ont été agressées méritaient d’être agressées et sont des témoins peu dignes de foi, et en dissuadant les gens de dénoncer des agressions en les humiliant devant le tribunal. L’admissibilité de la preuve d’activités sexuelles non consensuelles est déterminée selon la procédure établie à l’art. 276. Cet article élimine aussi toute ambiguïté quant à savoir si les «deux mythes» se limitent aux déductions relatives aux femmes «non chastes» en particulier; ils ne s’y limitent pas (comme l’expliquent C. Boyle et M. MacCrimmon, «The Constitutionality of Bill C-49: Analyzing Sexual Assault As If Equality Really Mattered» (1999), 41 *Crim. L.Q.* 198, aux pp. 231 et 232).

34

The *Criminal Code* excludes all discriminatory generalizations about a complainant’s disposition to consent or about her credibility based on the sexual nature of her past sexual activity on the grounds that these are improper lines of reasoning. This was the import of the Court’s findings in *Seaboyer* about how sexist beliefs about women distort the trial process. The text of the exclusionary rule in s. 276(1) diverges very little from the guidelines in *Seaboyer*. The mere fact that the wording differs between the Court’s guidelines and Parliament’s enactment is itself immaterial. In *Mills, supra*, the Court affirmed that “[t]o insist on slavish conformity” by Parliament to judicial pronouncements “would belie the mutual respect that underpins the relationship” between the two

Le *Code criminel* exclut, comme étant des raisonnements inappropriés, toutes les généralisations discriminatoires concernant la prédisposition de la plaignante à consentir ou sa crédibilité qui sont fondées sur la nature sexuelle de ses activités sexuelles antérieures. Telle était la portée des conclusions que la Cour a tirées dans l’arrêt *Seaboyer* quant à la manière dont les croyances sexistes relatives aux femmes dénaturent le procès. Le texte de la règle d’exclusion établie au par. 276(1) s’écarte très peu des lignes directrices de l’arrêt *Seaboyer*. Le simple fait que le texte des lignes directrices de la Cour diffère de celui adopté par le législateur est sans importance en soi. Dans l’arrêt *Mills*, précité, la Cour a confirmé qu’«[i]nsister sur une conformité servile» du législateur aux décisions des



institutions (para. 55). In this case, the legislation follows the Court's suggestions very closely.

The phrase "by reason of the sexual nature of that activity" in s. 276 is a clarification by Parliament that it is inferences from the sexual nature of the activity, as opposed to inferences from other potentially relevant features of the activity, that are prohibited. If evidence of sexual activity is proffered for its non-sexual features, such as to show a pattern of conduct or a prior inconsistent statement, it may be permitted. The phrase "by reason of the sexual nature of that activity" has the same effect as the qualification "solely to support the inference" in *Seaboyer* in that it limits the exclusion of evidence to that used to invoke the "twin myths" (p. 635).

This Court has already had occasion to admit evidence of prior sexual activity under the current version of s. 276. In *Crosby*, *supra*, such evidence was admissible because it was inextricably linked to a prior inconsistent statement that was relevant to the complainant's credibility (at para. 14). This case itself demonstrates that s. 276 does not function in practice as a blanket exclusion, as alleged by the accused. On the contrary, s. 276 controls the admissibility of evidence of sexual activity by providing judges with criteria and procedures to help them exercise their discretion to admit it. I explain below why the procedure to assess relevance is constitutional. Suffice it here to say that it is this procedure that makes the *Seaboyer* guidelines and the current version of s. 276 constitutional where the earlier version of s. 276 was not.

An accused has never had a right to adduce irrelevant evidence. Nor does he have the right to adduce misleading evidence to support illegitimate inferences: "the accused is not permitted to distort the truth-seeking function of the trial process"

tribunaux «irait à l'encontre du respect mutuel qui sous-tend les rapports» entre ces deux institutions (par. 55). En l'espèce, la mesure législative suit de très près les suggestions de la Cour.

Les termes «déduire du caractère sexuel de cette activité» à l'art. 276 sont une précision du législateur que les déductions qui sont interdites sont celles qui sont faites à partir du caractère sexuel de l'activité et non pas celles qui sont faites à partir d'autres caractéristiques éventuellement pertinentes de cette activité. Il peut être permis de produire la preuve d'une activité sexuelle en raison des caractéristiques non sexuelles de cette activité, notamment pour démontrer l'existence d'un mode de comportement ou d'une déclaration antérieure incompatible. Les termes «déduire du caractère sexuel de cette activité» ont le même effet que la réserve «vise uniquement à appuyer l'inférence» formulée dans l'arrêt *Seaboyer*, en ce sens qu'ils limitent l'exclusion des éléments de preuve à ceux qui servent à invoquer les «deux mythes» (p. 635).

Notre Cour a déjà eu l'occasion d'admettre une preuve de comportement sexuel antérieur en vertu du texte actuel de l'art. 276. Dans l'arrêt *Crosby*, précité, une telle preuve était admissible parce qu'elle était inextricablement liée à une déclaration antérieure incompatible qui était pertinente quant à la crédibilité de la plaignante (au par. 14). Cet arrêt lui-même démontre que l'art. 276 ne constitue pas en pratique une exclusion générale, comme l'allègue l'accusé. Au contraire, cet article régit l'admissibilité de la preuve du comportement sexuel en fournissant aux juges les critères et la procédure qui les aideront à exercer leur pouvoir discrétionnaire d'admettre cette preuve. J'explique plus loin pourquoi la procédure qui permet de décider de la pertinence est constitutionnelle. Il suffit de dire pour l'instant que c'est cette procédure qui rend constitutionnels les lignes directrices de l'arrêt *Seaboyer* et le texte actuel de l'art. 276, alors que le texte antérieur de cet article ne l'était pas.

Un accusé n'a jamais eu le droit de produire des éléments de preuve non pertinents. Il n'a pas non plus le droit de produire des éléments de preuve trompeurs pour étayer des déductions illégitimes: «il n'est pas permis à l'accusé de fausser la

35

36

37

(*Mills, supra*, at para. 74). Because s. 276(1) is an evidentiary rule that only excludes material that is not relevant, it cannot infringe the accused's right to make full answer and defence. Section 276(2) is more complicated, and I turn to it now.

(2) Section 276(2)(c) — “Significant Probative Value”

38

If evidence is not barred by s. 276(1) because it is tendered to support a permitted inference, the judge must still weigh its probative value against its prejudicial effect to determine its admissibility. This essentially mirrors the common law guidelines in *Seaboyer* which contained this balancing test (at p. 635). The accused takes issue with the fact that s. 276(2)(c) specifically requires that the evidence have “significant probative value”. The word “significant” was added by Parliament but it does not render the provision unconstitutional by raising the threshold for the admissibility of evidence to the point that it is unfair to the accused.

39

It may be noted that the word “significant” is not found in the French text; the law speaks simply of “*valeur probante*”. The rule of equal authenticity and the rule against unconstitutional interpretation require that the two versions be reconciled where possible. The interpretation of “significant” by the Ontario Court of Appeal satisfies this requirement: Morden A.C.J.O. found that “the evidence is not to be so trifling as to be incapable, in the context of all the evidence, of raising a reasonable doubt” (p. 16). At the same time, Morden A.C.J.O. agrees with *R. v. Santocono* (1996), 91 O.A.C. 26 (C.A.), at p. 29, where s. 276(2)(c) was interpreted to mean that “it was not necessary for the appellant to demonstrate ‘strong and compelling’ reasons for admission of the evidence”. This standard is not a departure from the conventional rules of evidence. I agree with the Court of Appeal that the word “significant”, on a textual level, is

fonction de recherche de la vérité du processus judiciaire» (*Mills*, précité, au par. 74). Comme le par. 276(1) établit une règle de preuve qui n'exclut que les éléments de preuve non pertinents, il ne peut pas porter atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le paragraphe 276(2) est plus compliqué et je vais maintenant l'examiner.

(2) Alinéa 276(2)(c) — «Valeur probante»

Même si un élément de preuve n'est pas interdit par le par. 276(1) parce que sa production vise à étayer une déduction permise, le juge doit néanmoins, pour en déterminer l'admissibilité, évaluer sa valeur probante en fonction de son effet préjudiciable. Cela reflète essentiellement les lignes directrices de common law de l'arrêt *Seaboyer* qui comportaient ce critère d'évaluation (à la p. 635). L'accusé conteste le fait que l'al. 276(2)(c) exige expressément que la preuve ait une «valeur probante» («*significant probative value*»). Le législateur a ajouté le mot «*significant*» dans le texte anglais, mais cela ne rend pas la disposition inconstitutionnelle en haussant le critère d'admissibilité de la preuve au point de le rendre injuste pour l'accusé.

On peut souligner que le mot «*significant*» ne se trouve pas dans le texte français; on y utilise simplement l'expression «valeur probante». La règle de l'authenticité égale et celle qui interdit l'interprétation inconstitutionnelle exigent que les deux versions soient harmonisées si possible. L'interprétation du mot «*significant*» par la Cour d'appel de l'Ontario satisfait à cette exigence: le juge en chef adjoint Morden a conclu que [TRADUCTION] «l'élément de preuve ne doit pas être négligeable au point de ne pouvoir soulever aucun doute raisonnable compte tenu de l'ensemble de la preuve» (p. 16). En même temps, le juge en chef adjoint Morden souscrit à l'arrêt *R. c. Santocono* (1996), 91 O.A.C. 26 (C.A.), à la p. 29, dans lequel on a considéré que l'al. 276(2)(c) signifiait [TRADUCTION] «[qu']il n'était pas nécessaire que l'appelant démontre l'existence de motifs “solides et impérieux” d'admettre la preuve». Cette norme ne déroge pas aux règles de preuve conventionnelles. Je conviens avec la Cour d'appel que le mot

reasonably capable of being read in accordance with ss. 7 and 11(d) and the fair trial they protect.

The context of the word “significant” in the provision in which it occurs substantiates this interpretation. Section 276(2)(c) allows a judge to admit evidence of “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice” (emphasis added). The adverb “substantially” serves to protect the accused by raising the standard for the judge to exclude evidence once the accused has shown it to have significant probative value. In a sense, both sides of the equation are heightened in this test, which serves to direct judges to the serious ramifications of the use of evidence of prior sexual activity for all parties in these cases.

In light of the purposes of s. 276, the use of the word “significant” is consistent with both the majority and the minority reasons in *Seaboyer*. Section 276 is designed to prevent the use of evidence of prior sexual activity for improper purposes. The requirement of “significant probative value” serves to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the “proper administration of justice”. The Court has recognized that there are inherent “damages and disadvantages presented by the admission of such evidence” (*Seaboyer, supra*, at p. 634). As Morden A.C.J.O. puts it, evidence of sexual activity must be significantly probative if it is to overcome its prejudicial effect. The *Criminal Code* codifies this reality.

By excluding misleading evidence while allowing the accused to adduce evidence that meets the criteria of s. 276(2), s. 276 enhances the fairness of trials of sexual offences. Section 11(d) guarantees a fair trial. Fairness under s. 11(d) is determined in the context of the trial process as a whole (*R. v. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351

«*significant*», pris dans son sens littéral, peut raisonnablement être interprété d’une manière conforme à l’art. 7 et à l’al. 11d), et au droit à un procès équitable qu’ils garantissent.

Le contexte dans lequel le mot «*significant*» est employé dans cette disposition appuie cette interprétation. L’alinéa 276(2)c) permet à un juge d’admettre une preuve lorsque «le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante» (je souligne). L’adverbe «sensiblement» sert à protéger l’accusé en haussant la norme à laquelle le juge doit satisfaire pour pouvoir exclure la preuve une fois que l’accusé en a démontré la valeur probante. Dans un sens, les deux côtés de l’équation sont rehaussés dans ce critère qui sert à indiquer aux juges les graves conséquences de l’utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur sur toutes les parties dans ces affaires.

Compte tenu des objets de l’art. 276, l’emploi du mot «*significant*» dans le texte anglais est compatible avec les motifs des juges majoritaires et des juges dissidents dans l’arrêt *Seaboyer*. L’article 276 vise à empêcher l’utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur à des fins irrégulières. L’exigence que la preuve ait une «valeur probante» sert à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s’ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux déductions interdites, compromettraient néanmoins la «bonne administration de la justice». La Cour a reconnu «les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l’admission de cette preuve» (*Seaboyer, précité*, à la p. 634). Comme le dit le juge en chef adjoint Morden, la valeur probante de la preuve du comportement sexuel doit être importante pour l’emporter sur l’effet préjudiciable de cette preuve. Le *Code criminel* codifie cette réalité.

En excluant les éléments de preuve trompeurs tout en permettant à l’accusé de présenter des éléments de preuve qui satisfont aux critères du par. 276(2), l’art. 276 favorise l’équité des procès pour infractions d’ordre sexuel. L’alinéa 11d) garantit un procès équitable. L’équité au sens de l’al. 11d) est déterminée en fonction de l’ensemble

40

41

42

(Ont. C.A.), at pp. 365-66). As L'Heureux-Dubé J. wrote in *Crosby, supra*, at para. 11, "[s]ection 276 cannot be interpreted so as to deprive a person of a fair defence." At the same time, the accused's right to make full answer and defence, as was held in *Mills, supra*, at para. 75, is not "automatically breached where he or she is deprived of relevant information". Nor is it necessarily breached when the accused is not permitted to adduce relevant information that is not "significantly" probative, under a rule of evidence that protects the trial from the distorting effects of evidence of prior sexual activity.

du procès (*R. c. Stoddart* (1987), 37 C.C.C. (3d) 351 (C.A. Ont.), aux pp. 365 et 366). Comme l'a écrit le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Crosby*, précité, au par. 11, «[l]'article 276 ne peut être interprété de façon à priver une personne du droit à une défense équitable.» En même temps, comme l'a statué la Cour dans l'arrêt *Mills*, précité, au par. 75, il n'y a pas «automatiquement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière lorsque ce dernier est privé de renseignements pertinents». Il n'y a pas non plus nécessairement atteinte à ce droit lorsque l'accusé n'est pas autorisé à fournir des renseignements pertinents qui n'ont pas une valeur probante «importante», en vertu d'une règle de preuve qui protège le procès contre les effets dénaturants de la preuve du comportement sexuel antérieur.

43

When the trial judge determines the admissibility of evidence under s. 276(2), she is to take into account the multiple factors in s. 276(3), which include "the right of the accused to make a full answer and defence" in s. 276(3)(a). Section 276 is designed to exclude irrelevant information and only that relevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative. The accused's right to a fair trial is, of course, of fundamental concern to the administration of justice. In a similar situation in *Mills*, the Court preserved the right to make full answer and defence in the following commonsensical way, at para. 94:

Lorsqu'il détermine l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 276(2), le juge du procès doit tenir compte des divers facteurs énumérés au par. 276(3), dont «le droit de l'accusé à une défense pleine et entière» prévu à l'al. 276(3)a). L'article 276 vise à exclure les renseignements non pertinents et uniquement les renseignements pertinents dont l'effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice l'emporte sur leur valeur probante. Le droit de l'accusé à un procès équitable est évidemment l'un des objets fondamentaux de l'administration de la justice. Dans une situation similaire qui se présentait dans l'arrêt *Mills*, la Cour a préservé le droit à une défense pleine et entière d'une manière conforme au bon sens, au par. 94:

It is clear that the right to full answer and defence is not engaged where the accused seeks information that will only serve to distort the truth-seeking purpose of a trial, and in such a situation, privacy and equality rights are paramount. On the other hand, where the information contained in a record directly bears on the right to make full answer and defence, privacy rights must yield to the need to avoid convicting the innocent.

Il est clair que le droit à une défense pleine et entière ne s'applique pas lorsque l'accusé cherche à obtenir des renseignements qui ne contribueront qu'à fausser l'objectif de recherche de la vérité d'un procès, et, dans un tel cas, les droits à la vie privée et à l'égalité sont prépondérants. En revanche, si les renseignements contenus dans un dossier influent directement sur le droit à une défense pleine et entière, le droit à la vie privée doit céder le pas à la nécessité d'éviter de déclarer coupable un innocent.

Thus the threshold criteria that evidence be of "significant" probative value does not prevent an accused from making full answer and defence to the charges against him. Consequently his *Charter*

Ainsi, le critère préliminaire selon lequel la preuve doit avoir une valeur probante n'empêche pas un accusé d'opposer une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui. Par conséquent,

rights under ss. 7 and 11(d) are not infringed by s. 276(2)(c).

*C. The Procedural Sections to Determine Relevance: The Affidavit and Voir Dire*

The constitutionality of the procedure that must be followed to introduce evidence of prior sexual activity has also been challenged. It requires that whoever seeks to introduce it “by or on behalf of the accused” must present an affidavit and establish on a *voir dire* that the evidence is admissible in accordance with the criteria in the *Criminal Code*. The accused in the case at bar protests that both the affidavit and the *voir dire* requirements infringe his right not to be compelled to be a witness in proceedings against him, as well as his right not to reveal his defence. I disagree. A *voir dire* with affidavit or *viva voce* evidence and with the participation of the accused is found, albeit in skeletal form, in the guidelines in *Seaboyer* established by this Court in compliance with the *Charter* (at p. 636). Because there was little direct discussion of the procedure in *Seaboyer* and because the impugned provisions are more detailed than the guidelines, it is useful to elaborate and to explain why they are constitutional.

Section 276 and the procedure it mandates are consistent with the law of evidence. Sections 276(1) and 276(2) are rules to determine relevance and admissibility. They were articulated in *Seaboyer* as common law rules and are now codified in the *Criminal Code*. Evidence of prior sexual activity is of limited admissibility: it is admissible for some purposes but not others. This is because it is of limited relevance. In particular, as the Court put it in *Seaboyer*, “[t]here is no logical or practical link between a woman’s sexual reputation and whether she is a truthful witness” or

l’al. 276(2)c) ne porte pas atteinte aux droits que l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte* garantissent à l’accusé.

*C. Les dispositions énonçant la procédure à suivre pour décider de la pertinence: l’affidavit et le voir-dire*

La constitutionnalité de la procédure à suivre pour présenter une preuve de comportement sexuel antérieur a elle aussi été contestée. Selon cette procédure, «[l]’accusé ou son représentant» qui cherche à présenter une telle preuve doit produire un affidavit et établir, au moyen d’un voir-dire, que la preuve est admissible selon les critères du *Code criminel*. En l’espèce, l’accusé soutient que l’affidavit et les exigences du voir-dire portent atteinte à son droit de ne pas être contraint de témoigner dans toute poursuite intentée contre lui, de même qu’à son droit de ne pas divulguer ses moyens de défense. Je ne suis pas d’accord. Les lignes directrices que notre Cour a formulées dans l’arrêt *Seaboyer* afin d’assurer le respect de la *Charte* (à la p. 636) prévoient, quoique de façon sommaire, la tenue d’un voir-dire avec présentation d’un affidavit ou d’une preuve de vive voix ainsi que la participation de l’accusé. Étant donné que la procédure n’a pas beaucoup été traitée directement dans l’arrêt *Seaboyer* et que les dispositions contestées sont plus détaillées que les lignes directrices, il est utile de préciser et d’expliquer pourquoi elles sont constitutionnelles.

L’article 276 et la procédure qu’il prescrit sont compatibles avec le droit de la preuve. Les paragraphes 276(1) et 276(2) établissent des règles applicables pour décider de la pertinence et de l’admissibilité. Ces règles ont été formulées dans l’arrêt *Seaboyer* à titre de règles de common law et sont maintenant codifiées dans le *Code criminel*. L’admissibilité de la preuve du comportement sexuel antérieur est limitée: cette preuve est admissible à certaines fins, mais non à d’autres. Il en est ainsi parce que sa pertinence est limitée. En particulier, comme l’a dit la Cour dans l’arrêt *Seaboyer*, «[i]l n’existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d’une femme et sa crédibilité en tant que témoin» ou quant à savoir si elle est

44

45

whether she is more likely to have consented to an alleged assault (at p. 612).

46 It is a basic rule of evidence that the party seeking to introduce evidence must be prepared to satisfy the court that it is relevant and admissible. Lamer C.J. described the burden of proof on a *voir dire* to introduce evidence (in that case prior inconsistent statements) as being “on the balance of probabilities, the normal burden resting upon a party seeking to admit evidence” in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, at p. 800 (emphasis added). Prior sexual activity is, like hearsay, character evidence and similar fact evidence, restricted in its admissibility. If the defence seeks to adduce such evidence, it must establish that it supports at least some relevant inference. Parliament has specified criteria for admissibility in s. 276(2) to guide the discretion of trial judges in this area.

47 The Court has not yet pronounced on whether a *voir dire* is an evidentiary proceeding and not a proceeding against the accused to which s. 11(c) applies. The issue was not argued in this case. In any event, the particular *voir dire* required by s. 276 does not offend the principle against self-incrimination because the requirement that the accused establish a legitimate use for evidence of sexual activity does not compel him to testify. As the Ontario Court of Appeal found in *R. v. Boss* (1988), 30 O.A.C. 184, at p. 198,

the tactical obligation which an accused may feel to testify does not constitute a legal obligation or compulsion to testify. The use of the word “compelled” in s. 11(c) indicates to me that the section is referring to a legal compulsion . . . The decision whether or not to testify remains with the accused free of any legal compulsion.

48 The distinction between tactical and legal compulsion is consistent with the definition of a compellable witness as “one who may be forced by means of a subpoena to give evidence in court

davantage susceptible d’avoir consenti à une agression alléguée (à la p. 612).

Une règle de preuve fondamentale veut que la partie qui cherche à présenter un élément de preuve soit prête à convaincre le tribunal de sa pertinence et de son admissibilité. Dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, à la p. 800, le juge en chef Lamer a indiqué que le fardeau de preuve applicable en matière de voir-dire à cet égard (dans ce cas, des déclarations antérieures incompatibles) est celui de «la prépondérance des probabilités, le fardeau habituel incombant à la partie qui cherche à faire admettre une preuve» (je souligne). Tout comme pour la preuve par ouï-dire, la preuve de moralité et la preuve de faits similaires, l’admissibilité de la preuve du comportement sexuel antérieur fait l’objet de restrictions. La défense qui cherche à présenter une telle preuve doit établir qu’elle étaye au moins une déduction pertinente quelconque. Le législateur a énoncé des critères d’admissibilité au par. 276(2) afin de guider les juges du procès dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire à cet égard.

La Cour n’a pas encore décidé si un voir-dire est une procédure en matière de preuve et non une procédure contre l’accusé à laquelle l’al. 11c) s’applique. Cette question n’a pas été débattue en l’espèce. Quoi qu’il en soit, le voir-dire requis par l’art. 276 ne contrevient pas au principe interdisant l’auto-incrimination parce que l’exigence que l’accusé établisse une utilisation légitime de la preuve du comportement sexuel ne le contraint pas à témoigner. Comme l’a statué la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *R. c. Boss* (1988), 30 O.A.C. 184, à la p. 198,

[TRADUCTION] l’obligation de témoigner qu’un accusé peut ressentir sur le plan tactique ne constitue pas une obligation juridique de témoigner. L’emploi du mot «contraint» à l’al. 11c) m’indique que cette disposition renvoie à une contrainte juridique [. . .] La décision de témoigner appartient à l’accusé, sans qu’il soit juridiquement tenu de le faire.

La distinction entre la contrainte d’ordre tactique et la contrainte d’ordre juridique est compatible avec la définition selon laquelle le témoin contraignable est [TRADUCTION] «une personne qui, au

under the threat of contempt proceedings” (J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at para. 13.46). Such was the case of the young offender in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, who was subpoenaed to testify at his co-accused’s trial. Although compelled, his s. 11(c) right was not engaged because the proceedings were not against him. His broader s. 7 privilege against self-incrimination was protected because he received evidentiary immunity (at para. 204).

The accused is not forced to testify by s. 276. Nor is he coerced by the state in any way that engages *Charter* protection. Coercion to testify violates the principle against self-incrimination, but as Lamer C.J. defined it, “[c]oercion . . . means the denial of free and informed consent” (*R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 249, cited in *White, supra*, at para. 42). In *White, supra*, at para. 76, Iacobucci J. found that “[i]f a declarant gives an accident report freely, without believing or being influenced by the fact that he or she is required by law to do so, then it cannot be said that the statute is the cause of the declarant’s statements.” In applications under s. 276, there is free and informed consent when the accused participates in order to exculpate himself. He knows that he is not required to do so.

There is an important difference between a burden of proof with regard to an offence or an evidentiary burden, and the tactical need to respond when the Crown establishes a *prima facie* case, in order to raise a reasonable doubt about it. “[T]he criminal law does not allocate an evidential burden to the accused to refute the Crown’s case and he or she may decline to adduce any evidence. Nevertheless, if the accused decides not to call any evidence, he or she runs the risk of being convicted” (Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at para. 3.17). Where there is neither a legal obligation nor

moyen d’une assignation, peut être contrainte à témoigner devant un tribunal sous peine d’outrage au tribunal» (J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2<sup>e</sup> éd. 1999), au par. 13.46). Tel était le cas du jeune contrevenant qui, dans l’arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, avait été assigné à témoigner au procès de son coaccusé. Même s’il était contraint de témoigner, le droit que lui garantissait l’al. 11c n’était pas en jeu puisque les procédures n’avaient pas été engagées contre lui. Le privilège plus général de ne pas s’incriminer qui lui était garanti par l’art. 7 a été protégé parce qu’on lui a accordé une immunité relative à la preuve (au par. 204).

L’article 276 n’oblige pas l’accusé à témoigner. L’accusé n’est pas non plus contraint de le faire par l’État d’une manière qui fait intervenir la protection de la *Charte*. La contrainte à témoigner va à l’encontre du principe interdisant l’auto-incrimination, mais selon la définition qu’en a donnée le juge en chef Lamer, «[l]a contrainte [. . .] signifie refuser la possibilité de donner un consentement libre et éclairé» (*R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, à la p. 249, cité dans *White*, précité, au par. 42). Dans l’arrêt *White*, précité, au par. 76, le juge Iacobucci a conclu que «[s]i une personne fait volontairement une déclaration d’accident, sans croire qu’elle est légalement tenue de le faire ou sans être influencée par ce fait, on ne peut pas dire alors que la loi est la cause de ses déclarations.» Dans le cas des demandes fondées sur l’art. 276, il y a consentement libre et éclairé lorsque l’accusé participe dans le but de se disculper. Il sait qu’il n’est pas tenu de le faire.

Il y a une différence importante entre un fardeau de preuve relatif à une infraction, ou un fardeau de présentation, et la nécessité, sur le plan tactique, de répondre afin de soulever un doute raisonnable au sujet d’une preuve *prima facie* établie par le ministère public. [TRADUCTION] «[L]e droit criminel n’impose à l’accusé aucun fardeau de présentation l’obligeant à réfuter la preuve du ministère public, et l’accusé peut refuser de présenter des éléments de preuve. Néanmoins, s’il décide de ne produire aucun élément de preuve, l’accusé court le risque d’être déclaré coupable» (Sopinka, Lederman et

49

50

an evidentiary burden on the accused, the mere tactical pressure on the accused to participate in the trial does not offend the principle against self-incrimination (s. 11(c)) or the right to a fair trial (s. 11(d)).

Bryant, *op. cit.*, au par. 3.17). Lorsqu'aucune obligation juridique ni aucun fardeau de présentation n'incombent à l'accusé, la simple pression d'ordre tactique qui peut amener ce dernier à participer au procès ne contrevient ni au principe interdisant l'auto-incrimination (al. 11c)) ni au droit à un procès équitable (al. 11d)).

51 The tactical pressure on the accused to testify at the *voir dire* under s. 276 is neither a burden of proof nor an evidentiary burden. It derives from his desire to raise a reasonable doubt about the Crown's case by adducing evidence of the complainant's prior sexual activity. The sole purpose of this *voir dire* is to establish the admissibility of the evidence he proposes to call. As Dickson J. (as he then was) put it, "[i]t is axiomatic that the *voir dire* and the trial itself have distinct functions. The function of the *voir dire* is to determine admissibility of evidence" (*Erven v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 926, at p. 931). If the evidence is found to be admissible under s. 276, it may then serve to satisfy the evidentiary burden of adducing a factual basis for a defence (such as honest but mistaken belief in consent) or to raise a reasonable doubt about an element of the offence, but that is a different matter altogether.

La pression d'ordre tactique qui peut amener l'accusé à témoigner lors du voir-dire tenu en vertu de l'art. 276 ne constitue ni un fardeau de preuve ni un fardeau de présentation. Elle résulte de sa volonté de soulever un doute raisonnable au sujet de la preuve du ministère public en présentant une preuve relative au comportement sexuel antérieur du plaignant. Le voir-dire vise uniquement à établir l'admissibilité de la preuve que l'accusé compte présenter. Comme l'a dit le juge Dickson (plus tard Juge en chef), «[i]l est évident que le voir dire et le procès lui-même jouent des rôles différents. Le voir dire sert à déterminer l'admissibilité d'un élément de preuve» (*Erven c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 926, à la p. 931). Si la preuve est jugée admissible en vertu de l'art. 276, on peut alors l'utiliser pour s'acquitter du fardeau de présentation qui exige la présentation de faits étayant un moyen de défense (telle la croyance sincère mais erronée au consentement) ou pour soulever un doute raisonnable au sujet d'un élément de l'infraction, mais il s'agit là d'une toute autre question.

52 Nothing in s. 276 obviates the Crown's basic duty to establish all the elements of a sexual offence beyond a reasonable doubt. This burden of proof on the Crown and the fact that the trial must be fair are the essence of the presumption of innocence, as the Court found in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 121, and *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 15. A fair trial includes the right to make full answer and defence, but as I explained above, the admissibility criteria in ss. 276(2) and 276(3) respect this right. In *Osolin*, *supra*, at pp. 688-89, the "evidentiary burden" borne by the accused in a sexual offence trial to substantiate a claim of honest but mistaken belief in consent was held not to offend the presumption of innocence because it did not relieve the Crown of the burden

Rien dans l'art. 276 ne supprime l'obligation fondamentale du ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable tous les éléments d'une infraction d'ordre sexuel. Ce fardeau de la preuve qui incombe au ministère public et le fait que le procès doit être équitable constituent les éléments essentiels de la présomption d'innocence, comme l'a statué la Cour dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 121, et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 15. Un procès équitable comprend le droit à une défense pleine et entière, mais comme je l'ai expliqué plus haut, les critères d'admissibilité énoncés aux par. 276(2) et 276(3) respectent ce droit. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, aux pp. 688 et 689, il a été jugé que la «charge de présentation» dont l'accusé dans un procès pour



of proof of the elements of the offence. The tactical burden under s. 276 is even less onerous on the accused because it relates only to establishing relevance on a *voir dire*; it does not impose any burden on the accused at trial.

(1) Section 276.1(2)(a) — The Affidavit with Detailed Particulars

Section 276.1(2)(a) requires the defence to enter an affidavit with “detailed particulars” of the evidence it seeks to adduce. The trial judge allowed an information and belief affidavit at this first stage but then insisted on an affidavit from the accused for the *voir dire* stage. In my view, this procedure is permissible. It minimally impinges upon the accused, in the sense that if the information and belief affidavit is not accepted, he has not testified at all. The trial judge was correct to require a personal affidavit at the *voir dire* because part of the purpose of the *voir dire* is to cross-examine the affiant. It need not be the accused himself who presents evidence; it can be anyone with relevant information who can personally testify to its truth. Whoever is the source of the evidence, however, must supply an affidavit with detailed particulars. I also agree that the trial judge’s analysis of the evidence provided by the personal affidavit was correct: she asked “firstly, whether it was barred absolutely by s. 276(1), and secondly, whether it was capable of meeting the criteria outlined in s. 276(2), and the general concerns and interests of justice as outlined in s. 276(3)” ([1994] O.J. No. 3162 (QL), at para. 28). Her approach properly construes the legislation.

The accused specifically objects to having to submit the affidavit on the grounds that it compels him to reveal his defence and to disclose evidence he hopes to call at trial. He claims that this violates

une infraction d’ordre sexuel doit s’acquitter pour étayer une défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne contrevient pas à la présomption d’innocence parce qu’elle ne libère pas le ministère public de l’obligation de prouver les éléments de l’infraction. Le fardeau d’ordre tactique imposé par l’art. 276 est encore moins lourd pour l’accusé puisqu’il ne concerne que l’établissement de la pertinence lors d’un voir-dire; il n’impose aucun fardeau à l’accusé au procès.

(1) Paragraphe 276.1(2) — L’affidavit circonstancié

Le paragraphe 276.1(2) oblige la défense à produire un affidavit énonçant «toutes précisions» au sujet de la preuve en cause. Le juge du procès a autorisé le dépôt d’un affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques lors de cette première étape, mais elle a ensuite exigé un affidavit de l’accusé pour l’étape du voir-dire. À mon avis, une telle procédure est acceptable. Elle implique peu l’accusé en ce sens que si l’affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques n’est pas accepté, l’accusé n’a absolument pas témoigné. Le juge du procès a eu raison d’exiger un affidavit personnel lors du voir-dire parce que le voir-dire vise en partie à contre-interroger l’auteur de l’affidavit. Il n’est pas nécessaire que ce soit l’accusé lui-même qui présente une preuve; quiconque possède des renseignements pertinents peut témoigner personnellement au sujet de leur véracité. Quiconque est la source de la preuve doit toutefois fournir un affidavit circonstancié. Je conviens aussi que l’analyse que le juge du procès a faite de la preuve fournie par l’affidavit personnel était correcte: elle s’est demandé [TRADUCTION] «premièrement, si elle était complètement interdite par le par. 276(1) et, deuxièmement, si elle pouvait satisfaire aux critères énoncés au par. 276(2) ainsi qu’aux intérêts généraux de la justice exposés au par. 276(3)» ([1994] O.J. No. 3162 (QL), at para. 28). Le juge a interprété correctement le texte législatif.

L’accusé conteste expressément l’obligation de produire l’affidavit parce que cela l’oblige à révéler ses moyens de défense et à divulguer des éléments de preuve qu’il espère présenter au procès.

53

54

his right to silence. The right to silence in s. 7 properly speaking comprises the right to silence before trial and the privilege against self-incrimination at trial; it is inaccurate to speak of an absolute right to silence at the trial stage of the criminal process (*R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, at p. 164). In *White, supra*, at paras. 40-41, Iacobucci J. summarised the Court's position on this subject:

It is now well-established that there exists, in Canadian law, a principle against self-incrimination that is a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. . . .

The principle against self-incrimination was described by Lamer C.J. in *Jones, supra*, at p. 249, as "a general organizing principle of criminal law". The principle is that an accused is not required to respond to an allegation of wrongdoing made by the state until the state has succeeded in making out a *prima facie* case against him or her. It is a basic tenet of our system of justice that the Crown must establish a "case to meet" before there can be any expectation that the accused should respond: *P. (M.B.)*, *supra*, at pp. 577-79, *per* Lamer C.J., *S. (R.J.)*, *supra*, at paras. 81 to 83, *per* Iacobucci J.

The right not to be compelled to testify against oneself is specifically protected by s. 11(c); the general principle against self-incrimination resides in s. 7.

Il prétend que cela viole son droit de garder le silence. Le droit de garder le silence garanti par l'art. 7 comprend, à proprement parler, le droit de garder le silence avant le procès et le privilège de ne pas s'incriminer au procès; il est inexact de parler d'un droit absolu de garder le silence à l'étape du procès en matière criminelle (*R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151, à la p. 164). Dans l'arrêt *White*, précité, aux par. 40 et 41, le juge Iacobucci a résumé la position de la Cour à ce sujet:

Il est maintenant bien établi qu'il existe, en droit canadien, un principe interdisant l'auto-incrimination qui constitue un principe de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. . . .

Le principe interdisant l'auto-incrimination a été décrit par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Jones*, précité, à la p. 249, comme étant «un principe directeur général de droit criminel». Ce principe veut que l'accusé ne soit pas tenu de répondre à une allégation d'acte fautif faite par l'État avant que ce dernier puisse présenter une preuve *prima facie* contre lui. Un principe de base de notre système de justice veut que le ministère public établisse une «preuve complète» avant que surgisse une attente de réponse de la part de l'accusé: *P. (M.B.)*, précité, aux pp. 577 à 579, le juge en chef Lamer; *S. (R.J.)*, précité, aux par. 81 à 83, le juge Iacobucci.

Le droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même est expressément garanti par l'al. 11(c); le principe général interdisant l'auto-incrimination trouve sa source à l'art. 7.

55

Section 276 does not require the accused to make premature or inappropriate disclosure to the Crown. For the reasons given above, the accused is not forced to embark upon the process under s. 276 at all. As the trial judge found in the case at bar, if the defence is going to raise the complainant's prior sexual activity, it cannot be done in such a way as to surprise the complainant. The right to make full answer and defence does not include the right to defend by ambush. The Crown as well as the Court must get the detailed affidavit one week before the *voir dire*, according to s. 276.1(4)(b), in part to allow the Crown to consult with the complainant. The Crown can oppose the admission of evidence of sexual activity if it does not meet the criteria in s. 276. Neither the accused's s. 11(c) right not to be compelled to testify against himself

L'article 276 n'exige pas que l'accusé fasse une divulgation prématurée ou inappropriée au ministère public. Pour les motifs déjà exposés, l'accusé n'est nullement obligé de s'engager dans le processus décrit à l'art. 276. Comme l'a conclu le juge du procès en l'espèce, si la défense doit invoquer le comportement sexuel antérieur de la plaignante, elle ne pourra pas le faire de manière à prendre par surprise la plaignante. Le droit à une défense pleine et entière ne comprend pas le droit de recourir à la surprise pour se défendre. Selon le par. 276.1(4), un affidavit circonstancié doit être remis au ministère public et au tribunal une semaine avant le *voir-dire*, notamment pour permettre au ministère public de consulter la plaignante. Le ministère public peut s'opposer à l'admission de la preuve du comportement sexuel si

nor his s. 11(d) right to be presumed innocent are violated by the affidavit requirement. This is borne out by the way in which the admissibility procedure operates.

The defence must satisfy the trial judge that the evidence it seeks to adduce meets the statutory requirements for admissibility. To admit evidence of sexual activity at trial, the judge must provide written reasons about how the evidence “is expected to be relevant to an issue at trial” and the factors she considered in making this determination (as per ss. 276.2(3)(b) and (c)). It is perfectly appropriate that, to this end, the affidavit must disclose evidence that is “capable of being admissible under subsection 276(2)”. Among other things, the evidence must be adduced for a permissible purpose and must be relevant to an issue at trial. The affidavit must therefore establish a connection between the complainant’s sexual history and the accused’s defence. As the trial judge put it, “there would have to be evidence to establish the link between the potential defences . . . and the prior sexual conduct”.

The necessity that the connection be drawn between the evidence and the accused’s defence was affirmed by this Court in *R. v. Dickson*, [1994] 1 S.C.R. 153, in its adoption of the Yukon Territory Court of Appeal’s judgment. In *Dickson*, the accused tendered evidence under s. 276 to support an honest but mistaken belief in consent, but then on the *voir dire* argued consent on one count and denied that two other counts of sexual assault had occurred ((1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (Y.T.C.A.), at p. 233). The Yukon Territory Court of Appeal properly found that the trial judge erred in admitting the evidence of sexual activity where the evidence on the *voir dire* did not raise the defence of

elle ne satisfait pas aux critères de l’art. 276. L’obligation de produire un affidavit ne contrevient ni au droit de ne pas être contraint de témoigner contre soi-même ni au droit d’être présumé innocent que l’al. 11c) et l’al. 11d) garantissent respectivement à l’accusé. Cela ressort de la façon dont s’applique la procédure d’admissibilité.

La défense doit convaincre le juge du procès que la preuve qu’elle cherche à présenter satisfait aux exigences légales en matière d’admissibilité. Pour admettre une preuve de comportement sexuel au procès, le juge doit expliquer par écrit la façon dont la preuve «est en rapport avec un élément de la cause» et préciser les facteurs dont il a tenu compte pour rendre sa décision (conformément aux al. 276.2(3)b) et c)). Il est tout à fait approprié, à cette fin, que l’affidavit doive faire état d’une preuve pour laquelle il y a «des possibilités» qu’elle «soit admissible [. . .] au titre du paragraphe 276(2)». Notamment, la preuve doit être présentée à une fin acceptable et être en rapport avec un élément de la cause. L’affidavit doit donc établir l’existence d’un lien entre le comportement sexuel antérieur de la plaignante et le moyen de défense invoqué par l’accusé. Comme l’a dit le juge du procès, [TRADUCTION] «il devrait y avoir des éléments de preuve permettant d’établir le lien entre les moyens de défense éventuels [. . .] et le comportement sexuel antérieur».

La nécessité d’établir un lien entre la preuve et le moyen de défense invoqué par l’accusé a été confirmée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Dickson*, [1994] 1 R.C.S. 153, lorsqu’elle a fait sien l’arrêt de la Cour d’appel du territoire du Yukon. Dans l’arrêt *Dickson*, l’accusé a produit, en vertu de l’art. 276, des éléments de preuve à l’appui d’une croyance sincère mais erronée au consentement, mais il a ensuite invoqué, lors du *voir dire*, le consentement relativement à un chef d’accusation et a nié que les deux autres agressions sexuelles reprochées s’étaient produites ((1993), 81 C.C.C. (3d) 224 (C.A.T.Y.), à la p. 233). La Cour d’appel du territoire du Yukon a conclu à juste titre que le juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve du comportement sexuel dans un cas où la preuve présentée lors du

56

57

honest but mistaken belief in consent as the affidavit promised, nor did it raise any other defence.

voir-dire ne soulevait pas la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement comme l'annonçait l'affidavit, ni aucun autre moyen de défense.

58 It is common for the defence in sexual offence cases to deny that the assault occurred, to challenge the identity of the assailant, to allege consent or to claim an honest but mistaken belief in consent. Evidence of prior sexual activity will rarely be relevant to support a denial that sexual activity took place or to establish consent (see Sopinka, Lederman and Bryant, *supra*, at para. 10.108). As the Court affirmed in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 27, the determination of consent is “only concerned with the complainant’s perspective. The approach is purely subjective.” Actual consent must be given for each instance of sexual activity.

Dans les affaires où il est question d’infractions d’ordre sexuel, il est fréquent que la défense nie que l’agression a eu lieu, conteste l’identité de l’agresseur, allègue le consentement ou invoque la croyance sincère mais erronée au consentement. La preuve du comportement sexuel antérieur sera rarement pertinente pour appuyer une dénégation que l’activité sexuelle a eu lieu ou pour établir le consentement (voir Sopinka, Lederman et Bryant, *op. cit.*, au par. 10.108). Comme l’a affirmé la Cour dans l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, au par. 27, pour déterminer s’il y a eu consentement, on «ne s’intéresse qu’au point de vue de la plaignante. La démarche est purement subjective.» Un consentement véritable doit être donné pour chacune des activités sexuelles.

59 Section 276 is most often used in attempts to substantiate claims of an honest but mistaken belief in consent. To make out the defence, the accused must show that “he believed that the complainant communicated consent to engage in the sexual activity in question” (*Ewanchuk*, *supra*, at para. 46 (emphasis in original)). To establish that the complainant’s prior sexual activity is relevant to his mistaken belief during the alleged assault, the accused must provide some evidence of what he believed at the time of the alleged assault. This is necessary for the trial judge to be able to assess the relevance of the evidence in accordance with the statute. It is an essential part of the legislative scheme which provides a means by which the accused may establish the relevance of the evidence he chooses to put forward.

L’article 276 est le plus fréquemment invoqué pour tenter d’étayer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Pour invoquer avec succès ce moyen de défense, l’accusé doit démontrer qu’il «croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l’activité sexuelle en question» (*Ewanchuk*, précité, au par. 46 (souligné dans l’original)). Pour établir que le comportement sexuel antérieur de la plaignante est pertinent relativement à la croyance erronée qu’il avait au cours de l’agression alléguée, l’accusé doit fournir une certaine preuve de ce qu’il croyait au moment de cette agression. Cela est nécessaire pour que le juge du procès soit en mesure d’évaluer la pertinence de la preuve conformément à la loi. Il s’agit d’un élément essentiel du régime législatif qui prévoit un moyen par lequel l’accusé peut établir la pertinence de la preuve qu’il choisit de présenter.

(2) Section 276.2 — The Voir Dire

(2) Article 276.2 — Le voir-dire

60 If the trial judge is satisfied that the affidavit meets the requirements of s. 276.1, the accused has the right to an *in camera* hearing to decide whether the evidence is admissible. If it is admissible, the type of use to which evidence of sexual activity may be put is not controlled by the legislation. It

Si le juge du procès est d’avis que l’affidavit satisfait aux exigences de l’art. 276.1, l’accusé a droit à une audience à huis clos pour déterminer si la preuve est admissible. Si la preuve du comportement sexuel est admissible, l’utilisation qui peut en être faite n’est pas régie par la mesure législative.

could for instance be used to cross-examine the complainant, in chief by the accused (should he choose to testify himself), or by another witness.

The accused challenges the constitutionality of the *voir dire* on the grounds that being required to submit to cross-examination on his affidavit violates his s. 7 and s. 11(c) rights not to be compelled to testify at his own trial. He also complains that he is “compelled” to testify because there are usually no witnesses to sexual assaults other than the accused and the complainant, and the complainant is not compellable at the *voir dire* according to s. 276.2(2). Again, the accused mischaracterises his predicament. He does not face a legal compulsion to testify for the reasons given above, and the tactical pressure he describes is not unfair. Having produced his affidavit, the basic rules of evidence require the accused to submit to cross-examination because the right to cross-examine is essential to give any weight to an affidavit.

The accused’s refusal to submit to cross-examination on his sworn affidavit in effect reduces its weight to that of an unsworn statement. Yet, it has long been decided that an accused cannot make an unsworn statement because it

would lead to many dangerous results, the most obvious of which are, the escape from cross-examination; the safe introduction of a concocted defence; the securing of all the benefits of sworn evidence in accused’s favour without incurring the consequences of perjury by refraining from going into the witness box; and also depriving the jury of the benefit of appraising his credibility in general from his demeanour therein.

(*R. v. Frederick* (1931), 57 C.C.C. 340 (B.C.C.A.), at p. 342)

As Cory J. put it more recently in *Osolin, supra*, cross-examination “is of essential importance in determining whether a witness is credible”

Elle pourrait notamment être utilisée pour contre-interroger la plaignante, lors de l’interrogatoire principal de l’accusé (s’il choisissait de témoigner), ou encore par un autre témoin.

L’accusé conteste la constitutionnalité du voir-dire pour le motif que l’obligation de subir un contre-interrogatoire sur son affidavit viole les droits de ne pas être contraint de témoigner à son propre procès qui lui sont garantis par l’art. 7 et par l’al. 11c). Il se plaint également du fait qu’il est «contraint» de témoigner parce que l’accusé et la plaignante sont habituellement les seuls témoins d’une agression sexuelle et que la plaignante n’est pas un témoin contraignable lors du voir-dire selon le par. 276.2(2). Là encore, l’accusé dépeint mal la situation difficile dans laquelle il se trouve. Pour les motifs exposés plus haut, il n’est pas contraint de témoigner par la loi, et la pression d’ordre tactique qu’il décrit n’est pas injuste. Une fois que l’accusé a produit son affidavit, les règles fondamentales de la preuve exigent qu’il soit assujéti à un contre-interrogatoire, car le droit de contre-interroger est essentiel pour appuyer la crédibilité de l’affidavit.

Le refus de l’accusé de subir un contre-interrogatoire sur son affidavit a pour effet d’en réduire l’importance à celle d’une déclaration non solennelle. Pourtant, il est bien établi qu’un accusé ne peut pas faire une déclaration non solennelle parce que cela

[TRADUCTION] entraînerait de dangereux résultats, dont les plus évidents sont le fait d’échapper au contre-interrogatoire, la présentation en toute quiétude d’un moyen de défense inventé, la possibilité pour l’accusé de bénéficié de tous les avantages d’un témoignage sous serment en sa faveur sans avoir à subir les conséquences d’un parjure en s’abstenant de témoigner, et le fait de priver le jury de l’avantage d’évaluer la crédibilité générale de l’accusé à partir de son comportement dans l’affaire.

(*R. c. Frederick* (1931), 57 C.C.C. 340 (C.A.C.-B.), à la p. 342)

Comme le juge Cory l’affirmait plus récemment dans l’arrêt *Osolin*, précité, le contre-interrogatoire «remplit un rôle essentiel dans le processus qui

61

62

63

(p. 663). This applies to all witnesses who offer testimony, whether for the Crown or for the defence. The Crown's right to cross-examine on the affidavit under s. 276 is essential to protect the fairness of the trial. Cross-examination is required to enable the trial judge to decide relevance by assessing the affiant's credibility and the use to which he intends to put the evidence. The trial judge correctly found that the legislation itself requires "some weighing and some assessing of the evidence" before it can be admitted ([1994] O.J. No. 3160 (QL), at para. 20). Without cross-examination, "the court can not attribute much, if any, weight to such evidence" because it is impossible to assess its probative value and prejudicial effect as the legislation requires.

permet de déterminer si un témoin est digne de foi» (p. 663). Cela s'applique à tous les témoins, autant aux témoins à charge qu'aux témoins à décharge. Le droit du ministère public d'effectuer un contre-interrogatoire sur l'affidavit, que prévoit l'art. 276, est essentiel pour assurer l'équité du procès. Le contre-interrogatoire est nécessaire pour permettre au juge du procès de décider de la pertinence en évaluant la crédibilité de l'auteur de l'affidavit et l'utilisation qu'il compte faire de la preuve. Le juge du procès a conclu à juste titre que la mesure législative elle-même exige [TRADUCTION] «une certaine évaluation de la preuve» avant que cette preuve puisse être admise ([1994] O.J. No. 3160 (QL), au par. 20). Sans contre-interrogatoire, [TRADUCTION] «la cour ne peut attribuer que peu ou pas d'importance à cet élément de preuve» parce qu'il est impossible d'en évaluer la valeur probante et l'effet préjudiciable comme l'exige la mesure législative.

64 Because the affidavit must show how the prior sexual activity is relevant to the alleged assault, the Crown must have the opportunity to cross-examine on whatever aspects relevant to the charge that the accused chooses to raise. The trial judges who have declined to allow this cross-examination are in error (as discussed by H. Schwartz, "Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection" (1994), 31 C.R. (4th) 232, at p. 250). At the same time, the trial judge in the case at bar was correct that the cross-examination must be "confined to what is necessary to determine . . . whether the proposed evidence is admissible" ((1998), 38 O.R. (3d) 1, at p. 21). The *voir dire* is not a forum for unfair questioning of the accused; the trial judge controls the hearing to meet the statutory goals, which include protecting the rights of the accused in s. 276(3).

Étant donné que l'affidavit doit démontrer en quoi la preuve du comportement sexuel antérieur est en rapport avec l'agression alléguée, le ministère public doit avoir la possibilité de contre-interroger sur les éléments pertinents relativement à l'accusation que l'accusé choisit d'invoquer. Les juges du procès qui refusent de permettre ce contre-interrogatoire commettent une erreur (comme l'explique H. Schwartz, «Sex with the Accused on Other Occasions: The Evisceration of Rape Shield Protection» (1994), 31 C.R. (4th) 232, à la p. 250). En même temps, le juge du procès a eu raison en l'espèce de conclure que le contre-interrogatoire doit [TRADUCTION] «se limiter à ce qui est nécessaire pour déterminer [...] si la preuve proposée est admissible» ((1998), 38 O.R. (3d) 1, à la p. 21). Le *voir-dire* ne se prête pas à un interrogatoire injuste de l'accusé; le juge du procès assure que l'audience respecte les objectifs législatifs qui comprennent la protection des droits de l'accusé prévue au par. 276(3).

65 The demands on the defence at the *voir dire* are in some ways analogous to the procedure in a *Corbett* application. In *R. v. Underwood*, [1998] 1 S.C.R. 77, at paras. 6-11, Lamer C.J. explained how a *voir dire* in which the defence discloses

Les exigences auxquelles doit satisfaire la défense lors du *voir-dire* sont, à certains égards, analogues à la procédure applicable à une demande de type *Corbett*. Dans l'arrêt *R. c. Underwood*, [1998] 1 R.C.S. 77, aux par. 6 à 11, le juge en chef

evidence it intends to call is consistent with a “scrupulously fair” trial that observes the case-to-meet principle. The accused can use the protection of a *voir dire* to apply to have some or all of his criminal record excluded at trial. He reveals the evidence he intends to call for his case, which allows the trial judge properly to apply the factors relevant to his request. As Lamer C.J. explained at para. 10:

... the purpose of this *voir dire* is not “defence disclosure”. It creates no independent rights in the Crown, and, therefore should not be treated as an excuse for the Crown to deeply probe the case for the defence. . . . The point is to provide the trial judge with the information he or she needs to make an informed decision, but the Crown has no right to require more than that. [Emphasis in original.]

This is also true of the *voir dire* to admit evidence of prior sexual activity.

Furthermore, Dickson J., in the pre-*Charter* context, held that “[e]vidence on the *voir dire* cannot be used in the trial itself” (*Erven, supra*, at p. 932). Although this Court has not specifically ruled on whether s. 13 of the *Charter* protects an accused against self-incrimination on a *voir dire*, I am of the opinion that it does (as the Superior Court of Quebec found in *R. v. Tarafa*, [1990] R.J.Q. 427, at p. 429). Section 13 provides that:

**13.** A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

This privilege against self-incrimination applies because a *voir dire* is an “other proceeding” within the meaning of s. 13. In *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 386, McIntyre J. (in dissent, but the only one to address this issue) found that

Lamer explique comment un voir-dire au cours duquel la défense divulgue la preuve qu’elle a l’intention de présenter est compatible avec un procès «parfaitement équitabl[e]» où le fardeau incombe à la poursuite. L’accusé peut avoir recours à la protection d’un voir-dire pour demander l’exclusion de la totalité ou d’une partie de son casier judiciaire au procès. Il révèle les éléments de preuve qu’il compte produire pour se défendre, ce qui permet au juge du procès d’appliquer les facteurs pertinents relativement à sa demande. Comme le juge en chef Lamer l’explique, au par. 10:

... ce voir-dire n’a pas pour objet la «divulgence des moyens de défense». Il ne crée aucun droit indépendant au profit du ministère public, et ne devrait donc pas lui servir de prétexte pour sonder en profondeur la preuve de la défense [. . .] Il s’agit de mettre à la disposition du juge du procès les éléments dont il a besoin pour rendre une décision éclairée, mais le ministère public n’a pas le droit d’exiger plus que cela. [Souligné dans l’original.]

Cela s’applique également au voir-dire qui vise l’admission d’une preuve de comportement sexuel antérieur.

De plus, le juge Dickson a statué, dans un arrêt antérieur à la *Charte*, que «[l]a preuve présentée au voir dire ne peut être utilisée au procès lui-même» (*Erven*, précité, à la p. 932). Même si notre Cour ne s’est pas expressément prononcée sur la question de savoir si l’art. 13 de la *Charte* protège un accusé contre l’auto-incrimination lors d’un voir-dire, j’estime qu’il en est ainsi (comme la Cour supérieure du Québec l’a décidé dans *R. c. Tarafa*, [1990] R.J.Q. 427, à la p. 429). L’article 13 se lit ainsi:

**13.** Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Le privilège de ne pas s’incriminer s’applique parce qu’un voir-dire est une «autre procédure» au sens de l’art. 13. Dans l’arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 386, le juge McIntyre (dissident, mais le seul juge à avoir examiné cette question) a conclu que

[t]he *voir dire* is clearly another proceeding. Its purpose is not to resolve any issue raised in the charge but merely to determine what may be introduced into the proceedings for that purpose. After the *voir dire* the evidence found to be properly admissible in the proceedings is admitted and thereafter forms part of the proceedings. That which is excluded never becomes a part.

This is true of the *voir dire* under s. 276. Its purpose is to enable the judge to determine the admissibility of evidence. The *voir dire* is not itself part of the determination of the guilt or innocence of the accused. When the accused testifies on a *voir dire*, the protection of s. 13 means that his testimony cannot later be used as evidence of guilt at trial. It was established in *R. v. Kuldip*, [1990] 3 S.C.R. 618, that an accused's testimony from a previous trial on the same charge can be used by the Crown at the retrial only to impeach his credibility, and not as evidence of guilt. In *Kuldip*, at p. 636, Lamer C.J. found that using such a prior inconsistent statement for its truth to incriminate the accused is forbidden by s. 13, but that

s. 13 does not preclude the use of previous testimony during a subsequent cross-examination if the sole purpose of that cross-examination is to challenge the credibility of an accused who has chosen to testify in the second proceedings.

67

In *B. (K.G.)*, *supra*, when Lamer C.J. reformed the "orthodox rule" of hearsay to allow some prior inconsistent statements as evidence to establish guilt, he specifically noted that *Kuldip* still applied to statements of the kind with which we are concerned. At p. 762, he explained that:

It must also be remembered that *Kuldip* and s. 13 of the *Charter* refer to a very special subset of prior inconsistent statements, in which the prior statement is made by an accused in a proceeding who testifies at a future proceeding and which, if admitted for the truth of its

[l]e voir dire est clairement une autre procédure. Il a pour objet non pas de trancher une question soulevée par l'accusation, mais simplement de déterminer ce qui peut être produit en preuve à cette fin. À l'issue du voir dire, la preuve jugée admissible aux fins des procédures est admise et fait dès lors partie de celles-ci. Les éléments écartés, par contre, ne font jamais partie des procédures.

Cela est également vrai en ce qui concerne le voir-dire tenu en vertu de l'art. 276. Il vise à permettre au juge de décider de l'admissibilité d'éléments de preuve. Il ne fait pas partie du processus de détermination de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé. Dans le cas où l'accusé témoigne lors d'un voir-dire, la protection de l'art. 13 signifie que son témoignage ne peut pas être utilisé ultérieurement pour prouver sa culpabilité lors du procès. Dans l'arrêt *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618, il a été établi que le témoignage d'un accusé au cours d'un procès antérieur portant sur la même accusation ne peut être utilisé par le ministère public lors d'un nouveau procès que pour mettre en doute sa crédibilité et non pour prouver sa culpabilité. Dans l'arrêt *Kuldip*, à la p. 636, le juge en chef Lamer conclut que l'art. 13 interdit d'incriminer l'accusé en utilisant une déclaration antérieure incompatible pour établir la véracité de son contenu, mais que

l'art. 13 n'interdit pas l'emploi d'un témoignage antérieur au cours d'un contre-interrogatoire subséquent, si ce dernier a pour seul but d'attaquer la crédibilité d'un accusé qui a choisi de témoigner lors des procédures subséquentes.

Lorsque le juge en chef Lamer a réformé, dans l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, la «règle orthodoxe» du oui-dire pour permettre que certaines déclarations antérieures incompatibles soient admises en preuve pour établir la culpabilité, il a expressément fait remarquer que l'arrêt *Kuldip* s'appliquait encore aux déclarations du genre de celles dont nous sommes saisis en l'espèce. À la page 762, il explique:

Il ne faut pas oublier non plus que l'arrêt *Kuldip* et l'art. 13 de la *Charte* se rapportent à une sous-catégorie très particulière de déclarations antérieures incompatibles, savoir un témoignage dans une procédure antérieure fait par un accusé qui témoigne dans une autre



contents, would incriminate him in the second proceeding. Furthermore, s. 13 applies only to a witness who testifies in a “proceeding”; while this Court has yet to explore the outer boundaries of this term, cases decided to date have concentrated on judicial proceedings such as trials and preliminary inquiries: see *Dubois*. A police interview, even where the witness makes his or her statement under oath, may not be a “proceeding” for the purposes of s. 13. As this precise issue does not arise in this appeal, I will make no further comments on this point.

In my opinion, the *voir dire* under s. 276 is a proceeding that attracts the protection of s. 13. A prior inconsistent statement in the accused’s testimony on this *voir dire* could be used later at trial only to impugn his credibility and not to establish his culpability.

(3) Section 276.2(2) — Complainant Non-Compellable

The complainant is not compellable at the *voir dire* pursuant to s. 276.2(2). This provision is both constitutional and an important aspect of s. 276. The accused argues that he is *de facto* compellable because the complainant is non-compellable at the *voir dire*. I have already established that he is not compellable nor being compelled at law. His desire to have the complainant testify flows, as would his need to testify himself, from his tactical decision to present evidence and the ensuing need to show its relevance. As we have seen, there is no legal compulsion nor violation of the accused’s constitutional rights. Furthermore, the complainant’s non-compellability is based on sound legislative goals. To compel the complainant to be examined on her sexual history before the subject has been found to be relevant to the trial would defeat two of the three purposes of the law, as articulated and upheld in *Seaboyer* (at p. 606). It is an invasion of the complainant’s privacy and discourages the reporting of crimes of sexual violence. As the Ontario Court of Appeal points out, the accused must know what evidence he wants to introduce on his own; the *voir dire* is not to be a “fishing expedition” (p. 21). The evidence is tested

procédure et qui, s’il était admis pour établir la véracité de son contenu, l’incriminerait dans la seconde procédure. Par surcroît, l’art. 13 s’applique seulement à un témoin qui dépose dans une «procédure»; certes, notre Cour n’a pas encore défini le champ sémantique de ce terme, mais la jurisprudence là-dessus est axée sur des procédures judiciaires telles les procès et les enquêtes préliminaires: voir l’arrêt *Dubois*. Un interrogatoire de la police, même lorsque le témoin fait une déclaration sous serment, peut ne pas constituer une «procédure» pour l’application de l’art. 13. Comme cette question précise n’est pas soulevée en l’espèce, je ne ferai aucune autre remarque à ce sujet.

À mon avis, le *voir-dire* tenu en vertu de l’art. 276 est une procédure qui emporte la protection de l’art. 13. Une déclaration antérieure incompatible contenue dans le témoignage de l’accusé lors du *voir-dire* ne pourrait servir qu’à attaquer la crédibilité de l’accusé et non à établir sa culpabilité, plus tard au cours du procès.

(3) Paragraphe 276.2(2) — Le plaignant n’est pas un témoin contraignable

Le plaignant n’est pas un témoin contraignable lors du *voir-dire*, selon le par. 276.2(2). Cette disposition est constitutionnelle et constitue un élément important de l’art. 276. L’accusé soutient qu’il est de fait contraignable parce que la plaignante n’est pas un témoin contraignable lors du *voir-dire*. J’ai déjà établi qu’il n’est pas contraignable et qu’il n’est pas légalement contraint de témoigner. Sa volonté de faire témoigner la plaignante, tout comme son besoin de témoigner lui-même, est le résultat de sa décision tactique de présenter une preuve et de la nécessité qui en découle d’en démontrer la pertinence. Comme nous l’avons vu, il n’y a aucune contrainte juridique ni aucune violation des droits constitutionnels de l’accusé. De plus, la non-contraignabilité de la plaignante repose sur des objectifs législatifs légitimes. Contraindre la plaignante à subir un interrogatoire sur son comportement sexuel antérieur avant même que ce sujet n’ait été jugé pertinent aux fins du procès irait à l’encontre de deux des trois objectifs législatifs qui ont été formulés et confirmés dans l’arrêt *Seaboyer* (à la p. 606). Il s’agit d’une atteinte à la vie privée de la plaignante et cela a pour effet de décourager la dénonciation des

at the *voir dire* and if it meets the criteria in s. 276(2), it may be introduced at trial. The complainant can then be compelled to testify or if the Crown, as it is most likely to do, calls her as a witness, be cross-examined on it.

crimes de violence sexuelle. Comme le fait remarquer la Cour d'appel de l'Ontario, l'accusé doit connaître les éléments de preuve qu'il veut présenter; le voir-dire ne doit pas être une [TRADUCTION] «recherche à l'aveuglette» (p. 21). La preuve est appréciée lors du voir-dire et elle pourra être présentée au procès si elle satisfait aux critères énoncés au par. 276(2). La plaignante pourra alors être contrainte de témoigner ou encore être contre-interrogée à ce sujet si le ministère public l'assigne comme témoin, comme il le fera très probablement.

69 The right to make full answer and defence, moreover, does not provide a right to cross-examine an accuser. This was explicitly held in *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, where the Court affirmed the broad discretion of the Crown to conduct its case. The Crown is free from any requirement to call particular witnesses, and this applies even to the victim of the crime for which the accused faces conviction (at para. 19).

De plus, le droit à une défense pleine et entière ne confère pas un droit de contre-interroger l'accusateur. C'est ce que notre Cour a expressément statué dans l'arrêt *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, où elle a confirmé le large pouvoir discrétionnaire dont jouit le ministère public pour la présentation de sa preuve. Le ministère public n'est pas tenu d'assigner des témoins particuliers, et cela s'applique même à la victime du crime dont l'accusé peut être déclaré coupable (au par. 19).

70 The fair trial protected by s. 11(d) is one that does justice to all the parties. As Cory J. wrote of sexual assault trials in *Osolin*, *supra*, at p. 669:

Le procès équitable garanti par l'al. 11d) est celui qui permet de rendre justice à toutes les parties. Comme l'a écrit le juge Cory au sujet des procès pour agression sexuelle dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 669:

The provisions of ss. 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative should be taken into account in determining the reasonable limitations that should be placed upon the cross-examination of a complainant.

Même si elles ne sont pas déterminantes, les dispositions des art. 15 et 28 de la *Charte* qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes devraient être prises en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant.

## VII. Conclusion

## VII. Conclusion

71 On the basis of this Court's decision in *Seaboyer*, Parliament gave the trial judge the role of deciding whether a complainant's sexual history is relevant in the trial of a sexual offence. She is to exercise her discretion within the structure of a procedure created by s. 276. The legislation lists factors to take into account, similar to those upheld by this Court's decision in *Mills*, *supra*, which prominently include the accused's right to make full answer and defence in s. 276(3)(a). This discretion, of course, cannot be exercised in an

S'appuyant sur l'arrêt *Seaboyer* de notre Cour, le législateur a confié au juge du procès le soin de décider si le comportement sexuel antérieur d'un plaignant est pertinent lors d'un procès pour une infraction d'ordre sexuel. Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à la procédure établie à l'art. 276. La mesure législative énumère les facteurs qui doivent être pris en considération, lesquels sont semblables à ceux qui ont été confirmés dans l'arrêt *Mills*, précité, de notre Cour et qui comprennent notamment le droit de l'accusé

unconstitutional manner. The accused's constitutional rights are protected by this legislation.

The answers to the constitutional questions are as follows:

1. Do ss. 276.1(2)(a) and 276.2(2) of the *Criminal Code* of Canada infringe upon an accused's right to silence and the right not to be compelled to be a witness in proceedings against himself in respect to the offence pursuant to s. 7 and/or s. 11(c) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question number one is yes, are the infringements demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: Not applicable.

3. Do ss. 276(1), 276(2)(c) and 276.2(2) of the *Criminal Code* of Canada infringe upon an accused's right to make full answer and defence pursuant to s. 7 and/or s. 11(d) of the *Charter*?

Answer: No.

4. If the answer to question number three is yes, are the infringements demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Answer: Not applicable.

The appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Karam, Greenspon, Ottawa.*

*Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Ottawa.*

à une défense pleine et entière prévu à l'al. 276(3)a). Ce pouvoir discrétionnaire ne saurait évidemment être exercé d'une manière inconstitutionnelle. Les droits constitutionnels de l'accusé sont protégés par cette mesure législative.

Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. Les paragraphes 276.1(2) et 276.2(2) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte au droit de l'accusé de garder le silence et à son droit de ne pas être contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche, droits qui lui sont garantis par l'art. 7 et l'al. 11c) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou par l'une ou l'autre de ces dispositions?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Ne s'applique pas.

3. Le paragraphe 276(1), l'al. 276(2)c) et le par. 276.2(2) du *Code criminel* du Canada portent-ils atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière qui est garanti à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* ou par l'une ou l'autre de ces dispositions?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est oui, s'agit-il d'atteintes dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Ne s'applique pas.

Le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant: Karam, Greenspon, Ottawa.*

*Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.*

*Solicitor for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Disabled Women's Network of Canada and the National Action Committee on the Status of Women: The Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.*

*Procureur des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Disabled Women's Network of Canada et le Comité canadien d'action sur le statut de la femme: Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*