

**Daniel Robert Laybourn, Edwin Hanson
Bulmer and Richard Ray Illingworth**
Appellants

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. BULMER

File Nos.: 18221, 18222, 18251.

1986: February 7; 1987: June 4.

Present: Dickson C.J. and McIntyre, Chouinard*,
Lamer, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Rape and indecent assault — Defence of mistake of fact — Mistaken belief in consent — Whether the defence should have been left with the jury — Whether trial judge properly charged the jury.

At the trial of the accused on charges of rape, attempted rape and indecent assault, the evidence indicated that the complainant, a prostitute, agreed to provide her services to Laybourn for a certain price. She testified that they went to a hotel room and on entering she discovered the other two accused and objected to their presence. Illingworth sought to engage the favours of the complainant. She quoted her price and told him to come back in twenty minutes. Bulmer and Illingworth then left but returned shortly after. A discussion followed and Illingworth told the complainant that she would have to provide her services without payment. Frightened, she performed various sexual acts with all three. She denied giving consent and receiving payment. There was no physical violence other than the various sexual acts. Bulmer did not give evidence. Laybourn and Illingworth testified that price was discussed with the complainant after Bulmer and Illingworth returned to the room and that she finally agreed to have sex with them for twenty dollars each. No threats were made. The occupant of an adjoining room testified that he heard two accused leave and return. He also heard the woman complaining about their presence. Her voice seemed normal at first, but as time passed it took on a whining, wheedling tone. There was also discussion about price.

In defence, the appellants took the position that the complainant had consented to the acts. Counsel made

* Chouinard J. took no part in the judgment

**Daniel Robert Laybourn, Edwin Hanson
Bulmer et Richard Ray Illingworth** *Appellants*

a c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BULMER

N^{os} du greffe: 18221, 18222, 18251.

b

1986: 7 février; 1987: 4 juin.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Chouinard*, Lamer, Wilson, Le Dain et La Forest.

c

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

Droit criminel — Exposé au jury — Viol et attentat à la pudeur — Défense d'erreur de fait — Croyance erronée au consentement — Le moyen de défense aurait-il dû être présenté au jury? — Le juge du procès a-t-il donné des directives appropriées au jury?

d

Au procès des accusés sur des accusations de viol, de tentative de viol et d'attentat à la pudeur, la preuve a révélé que la plaignante, une prostituée, avait accepté de fournir ses services à Laybourn pour un certain prix. Elle a déposé qu'ils sont allés dans une chambre d'hôtel et qu'en entrant elle a découvert les deux autres accusés et s'est opposée à leur présence. Illingworth a cherché à obtenir les faveurs de la plaignante. Elle a donné son prix et lui a dit de revenir dans vingt minutes. Bulmer et Illingworth sont alors partis mais sont revenus peu après. Il y a eu une discussion et Illingworth a dit à la plaignante qu'elle devrait fournir ses services sans être payée. Effrayée, elle a accompli divers actes sexuels avec les trois hommes. Elle a nié avoir donné son consentement et avoir été payée. Il n'y a pas eu de violence physique autre que les divers actes sexuels. Bulmer n'a pas témoigné. Laybourn et Illingworth ont déposé que le prix a été discuté avec la plaignante après que Bulmer et Illingworth furent revenus à la chambre et qu'elle a finalement accepté d'avoir des rapports sexuels avec eux pour vingt dollars chacun. Aucune menace n'a été proférée. L'occupant d'une chambre voisine a déposé qu'il avait entendu deux accusés s'en aller et revenir. Il a également entendu la femme se plaindre de leur présence. Tout d'abord sa voix semblait normale mais avec le temps elle a pris un ton plaignard et câlin. Il y a également eu une discussion au sujet du prix.

i

En défense, les appelants ont adopté la position selon laquelle la plaignante avait consenti aux actes. L'avocat

* Le juge Chouinard n'a pas pris part au jugement.

the alternative submission that Laybourn had held an honest but mistaken belief in consent. The trial judge left the defence to the jury and told the jury that all three could rely upon the defence. The jury returned verdicts of guilty of rape against both Laybourn and Illingworth. Bulmer was acquitted of rape, but convicted of indecent assault. The majority of the Court of Appeal dismissed the appellants' appeals. The appeal here is to determine (1) whether on the facts of this case the defence of honest but mistaken belief should have been left with the jury, and (2) whether the charge to the jury was correct.

Held: The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Dickson C.J. and McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.: When the defence of honest but mistaken belief in consent—or for that matter any other defence—is raised, two distinct steps are involved. The first step for the trial judge is to decide if the defence should be put to the jury. To leave the defence to the jury, there must be evidence before the court that gives an air of reality to the defence. In such cases, the second step requires the trial judge to explain the law to the jury, review the relevant evidence, and leave the jury with the issue of guilt or innocence. The jury must consider all the evidence, and they must be satisfied beyond a reasonable doubt in the case of a rape charge that there was no consent before they may convict. Where they find there was consent or honest belief in consent, or if they have a doubt on either issue, they must acquit. They should be told as well that the belief, if honestly held, need not be based on reasonable grounds. In cases arising since the enactment of s. 244(4) of the *Criminal Code*, they should also be directed that, when considering all the evidence relating to the question of the honesty of the accused's asserted belief in consent, they must consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

There was evidence in this case to lend an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent and the trial judge was not in error in deciding to put the defence to the jury. However, in dealing with the defence, the trial judge was clearly wrong in the supplementary charge to leave the jury with the impression that there must be reasonable grounds for the

a fait valoir l'argument subsidiaire que Laybourn avait cru sincèrement mais à tort qu'elle avait consenti. Le juge du procès a présenté le moyen de défense au jury et lui a dit que tous les trois pouvaient invoquer ce moyen. Le jury a rendu des verdicts de culpabilité de viol contre Laybourn et Illingworth. Bulmer a été acquitté du viol mais déclaré coupable d'attentat à la pudeur. La Cour d'appel a, à la majorité, rejeté les appels des appelants. Le présent pourvoi a pour but de déterminer si (1) d'après les faits de l'espèce, la défense de croyance sincère mais erronée aurait dû être soumise au jury et (2) si l'exposé au jury sur la question était approprié.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

Le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest: Lorsque la défense de croyance sincère mais erronée au consentement—ou d'ailleurs, tout autre moyen de défense—est soulevée, un raisonnement en deux étapes distinctes s'impose. La première étape exige que le juge du procès décide si le moyen de défense devrait être soumis au jury. Pour soumettre le moyen de défense au jury, il doit y avoir des éléments de preuve soumis à la cour qui donnent une apparence de vraisemblance au moyen de défense. Dans un tel cas, la deuxième étape exige que le juge du procès explique le droit au jury, passe en revue les éléments de preuve pertinents et laisse au jury le soin de trancher la question de la culpabilité ou de l'innocence. Le jury doit examiner tous les éléments de preuve et, avant de pouvoir rendre un verdict de culpabilité, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable dans le cas d'une accusation de viol qu'il n'y a eu aucun consentement. Lorsque les jurés concluent qu'il y avait consentement ou croyance sincère au consentement ou s'ils ont un doute sur l'un ou l'autre point, ils doivent rendre un verdict d'acquiescement. On devrait également leur dire qu'il n'est pas nécessaire que la croyance, si elle est sincère, doive être fondée sur des motifs raisonnables. Dans les affaires survenant depuis l'adoption du par. 244(4) du *Code criminel*, on devrait également leur dire de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé au consentement, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de celle-ci.

En l'espèce, il y avait des éléments de preuve qui accordaient à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement une apparence de vraisemblance et le juge du procès n'a pas commis d'erreur en décidant de soumettre la défense au jury. Toutefois, en traitant du moyen de défense, le juge du procès a clairement commis une erreur dans son exposé supplémentaire en

honest but mistaken belief before the defence could prevail.

Per Lamer J.: A mere assertion by counsel that the accused believed the victim was consenting would not meet the "air of reality" test. But the test should not be understood as going so far as enabling a trial judge to choose not to leave the defence of honest belief with the jury in cases where an accused has taken the stand and asserted under oath that he honestly believed in consent. An accused's oath to the effect that he honestly believed in consent is always some evidence, and its probative value in any given case belongs to the jury and not to the trial judge.

Cases Cited

By McIntyre J.

Referred to: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918.

By Lamer J.

Referred to: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244(4) [en. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 246.4 [en. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 618(1)(a) [am. 1974-75-76, c. 105, s. 18(1)].

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4. Adapted by Robert Malcolm Kerr. Boston: Beacon Press, 1962.

Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape. *Report of the Advisory Group on the Law of Rape*. London: H.M.S.O., 1975.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 10 C.C.C. (3d) 256, dismissing appellants' appeals from two convictions for rape and one of indecent assault. Appeal allowed and new trial ordered.

Howard Rubin and Kenneth S. Westlake, for the appellants.

donnant au jury l'impression que la croyance sincère mais erronée devait se fonder sur des motifs raisonnables pour que le moyen de défense puisse être utilisé.

Le juge Lamer: Une simple déclaration de l'avocat selon laquelle l'accusé croyait que la victime consentait ne satisfait pas au critère d'apparence de vraisemblance. Toutefois, il ne faut pas comprendre que le critère va jusqu'à permettre au juge du procès de choisir de ne pas soumettre au jury le moyen de défense de croyance sincère même lorsque l'accusé a témoigné et affirmé sous serment qu'il croyait sincèrement au consentement. Le serment d'un accusé portant qu'il croyait sincèrement au consentement constitue toujours une certaine preuve et sa valeur probante dans chaque cas particulier doit être appréciée par le jury et non par le juge du procès.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêts mentionnés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Wu v. The King*, [1934] R.C.S. 609; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *Workman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 266; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918.

Citée par le juge Lamer

Arrêts mentionnés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244(4) [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 246.4 [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 618(1)a [mod. 1974-75-76, chap. 105, art. 18(1)].

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4. Adapted by Robert Malcolm Kerr. Boston: Beacon Press, 1962.

Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape. *Report of the Advisory Group on the Law of Rape*. London: H.M.S.O., 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 10 C.C.C. (3d) 256, qui a rejeté les appels des appelants contre deux déclarations de culpabilité de viol et une d'attentat à la pudeur. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Howard Rubin et Kenneth S. Westlake, pour les appelants.

C. A. Ryan, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and McIntyre, Wilson, Le Dain and La Forest JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This case involves an appeal from two convictions of rape and one of indecent assault. There are two issues involved. The first, whether on the facts of this case the defence of mistake of fact should have been left with the jury, and the second, whether the charge to the jury on the question was correct.

The complainant was a prostitute. Late on the evening of July 13, 1980, the three appellants were together in the appellant Bulmer's hotel room. Laybourn left and picked up the complainant on the street. According to the complainant, they discussed sexual acts and prices and struck a bargain. She agreed to provide her services for eighty dollars. They returned to Bulmer's room and on entering discovered the other two. The complainant objected to their presence and they left. Before leaving, Illingworth sought to engage the favours of the complainant. She quoted her price and told him to come back in twenty minutes. When they left, Laybourn gave her eighty dollars. The other two returned to the room in a few minutes and Bulmer, learning that Laybourn had paid eighty dollars, said that the complainant was not worth that sum. He told her to return the money, which she did. She was frightened and Illingworth told her she would have to perform without payment. She then performed various sexual acts with the three appellants, asserting that she did so only out of fear. She denied giving consent. The police arrived at the room after some time and she left with them complaining of rape. She said there was no physical violence other than the various sexual acts and she received no payment.

Laybourn and Illingworth gave evidence. Bulmer did not. Laybourn confirmed the complainant's story of the departure and quick return of

C. A. Ryan, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges McIntyre, Wilson, Le Dain et La Forest rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'espèce porte sur un pourvoi contre deux déclarations de culpabilité de viol et une d'attentat à la pudeur. Deux questions sont soulevées. La première est de savoir si d'après les faits de l'espèce, la défense d'erreur de fait aurait dû être présentée au jury et la seconde est de savoir si l'exposé au jury sur la question était approprié.

La plaignante était une prostituée. Tard dans la soirée du 13 juillet 1980, les trois appelants se trouvaient ensemble dans la chambre d'hôtel de l'appelant Bulmer. Laybourn est sorti et a ramassé la plaignante dans la rue. Selon cette dernière, ils ont discuté d'actes sexuels et de prix et en sont venus à une entente. Elle a accepté de fournir ses services pour quatre-vingts dollars. Ils sont revenus à la chambre de Bulmer et en entrant ils ont découvert les deux autres. La plaignante s'est opposée à leur présence et ils sont partis. Avant de quitter la chambre, Illingworth a cherché à obtenir les faveurs de la plaignante. Elle a donné son prix et lui a dit de revenir dans vingt minutes. Lorsqu'ils sont partis, Laybourn lui a donné quatre-vingts dollars. Quelques minutes plus tard les deux autres sont revenus dans la chambre et Bulmer, en apprenant que Laybourn avait payé quatre-vingts dollars, a dit que la plaignante ne valait pas cette somme. Il lui a dit de rendre l'argent, ce qu'elle a fait. Elle avait peur et Illingworth lui a dit qu'elle devrait s'exécuter sans être payée. Elle a alors accompli divers actes sexuels avec les trois appelants, affirmant qu'elle l'avait fait seulement parce qu'elle avait peur. Elle a nié avoir donné son consentement. Les policiers sont arrivés à la chambre quelque temps plus tard et elle est partie avec eux en se plaignant de viol. Elle a dit qu'il n'y avait pas eu de violence physique autre que les divers actes sexuels et qu'elle n'avait reçu aucun paiement.

Laybourn et Illingworth ont témoigné. Bulmer ne l'a pas fait. Laybourn a confirmé la version de la plaignante en ce qui a trait au départ et au

Illingworth and Bulmer. Then, according to his evidence, a discussion occurred. The complainant wanted sixty dollars from each man. They said they would pay her twenty dollars each. Laybourn told her she could take twenty dollars or leave. She seemed 'jumpy' but didn't leave. She then asked if she could go when she had finished with them and he replied that she could go at once if she wished. She agreed to a price of twenty dollars from each man and various sexual acts, including intercourse, followed. No threats were made. Generally, Illingworth's evidence supported Laybourn's.

Evidence of what went on in the hotel room was also given by one Jones who occupied an adjoining room. From conversation overheard, he concluded that the woman was a prostitute. He heard Bulmer and Illingworth leave, go down the hall, and return. He heard the woman complain at the presence of the two men in the room and he heard conversation including a male voice saying, "you are in a tough business baby and you have got to learn to take it". At first, her voice seemed normal, but as time passed it took on a whining, wheedling tone. There was discussion about price, the woman saying she wanted sixty dollars each and a male voice saying they would pay her twenty dollars.

At trial, the appellants took the position that the complainant had consented to the acts. Counsel made the alternative submission that Laybourn had held an honest but mistaken belief in consent. The trial judge left the defence to the jury and told the jury that all three could rely upon the defence. The jury returned verdicts of guilty of rape against both Laybourn and Illingworth. Bulmer was acquitted of rape, but convicted of indecent assault. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed, with Lambert J.A. dissenting: (1983), 10 C.C.C. (3d) 256. This appeal is taken, under s. 618(1)(a) of the *Criminal Code*, on the basis of the dissent.

retour hâtif d'Illingworth et Bulmer. Donc, selon son témoignage, il y a eu une discussion. La plaignante exigeait soixante dollars de chacun. Ils ont dit qu'ils lui paieraient vingt dollars chacun. Laybourn lui a dit qu'elle pouvait le prendre ou s'en aller. Elle semblait nerveuse mais n'est pas partie. Elle a alors demandé si elle pourrait s'en aller lorsqu'elle aurait fini avec eux et il a répondu qu'elle pouvait s'en aller tout de suite si elle le voulait. Elle a accepté un prix de vingt dollars de chaque homme et divers actes sexuels ont été exécutés, y compris des rapports sexuels. Aucune menace n'a été proférée. D'une manière générale, le témoignage d'Illingworth a appuyé celui de Laybourn.

Un nommé Jones qui occupait la chambre voisine a également témoigné sur ce qui s'est passé dans la chambre d'hôtel. D'après les conversations qu'il a entendues, il avait conclu que la femme était une prostituée. Il a entendu Bulmer et Illingworth s'en aller, passer dans le couloir et revenir. Il a entendu la femme se plaindre de la présence des deux hommes dans la chambre et il a entendu une conversation, y compris une voix masculine qui disait, [TRADUCTION] «tu fais un dur métier bébé et tu devrais t'y habituer». Tout d'abord sa voix semblait normale mais avec le temps elle a pris un ton plaignard et câlin. Il y a eu une discussion au sujet du prix, la femme disait qu'elle voulait soixante dollars de chacun et une voix masculine disait qu'ils lui paieraient vingt dollars.

Au procès, les appelants ont adopté la position selon laquelle la plaignante avait consenti aux actes. L'avocat a fait valoir l'argument subsidiaire que Laybourn avait cru sincèrement mais à tort qu'elle avait consenti. Le juge du procès a présenté le moyen de défense au jury et lui a dit que tous les trois pouvaient invoquer ce moyen. Le jury a rendu des verdicts de culpabilité de viol contre Laybourn et Illingworth. Bulmer a été acquitté du viol, mais déclaré coupable d'attentat à la pudeur. L'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté, le juge Lambert étant dissident: (1983), 10 C.C.C. (3d) 256. Le pourvoi est interjeté aux termes de l'al. 618(1)a) du *Code criminel*, sur le fondement de la dissidence.

In the Court of Appeal (Taggart, Craig and Lambert JJ.A.), Taggart J.A. was of the view that the trial judge was right in leaving the defence of mistake of fact to the jury. He considered that the jury would not be misled by the charge; that the trial judge's instructions would not leave the jury with the impression that the appellants were obliged to show that their mistaken belief in consent was a reasonable one. Craig J.A. considered that the defence of mistake of fact should not have been put to the jury. In this case, he said, the issue was consent or no consent and there was no basis in the evidence for a defence of honest but mistaken belief in consent. He agreed with Taggart J.A., however, that taken as a whole, the trial judge's charge to the jury was adequate.

Lambert J.A. in his dissent was of the view that in the circumstances of this case the judge was required to put the defence of mistake of fact to the jury. He considered, however, that the defence was incorrectly put. The dissent is recorded in the formal order of the Court of Appeal in these terms:

1. THAT the learned trial judge erred in instructing the jury that the defence of honest but mistaken belief in consent required something more than a genuine belief in consent in the mind of the accused and in instructing the jury that there must be some objective evidence from which an inference could be drawn that the complainant might be consenting.

2. THAT the learned trial judge erred in leaving with the jury, the impression that there must be reasonable grounds to support the defence of honest but mistaken belief in consent.

The appellants raised three grounds of appeal in a revised factum which was filed on behalf of all three. The first issue raised alleges error on the part of the trial judge, upon the same basis as that mentioned in ground No. 1 of the dissent of Lambert J.A. The other two grounds raised points not dealt with below, which required the leave of this Court. They were expressed in the factum thus:

En Cour d'appel composée des juges Taggart, Craig et Lambert, le juge Taggart a exprimé l'avis que le juge du procès a eu raison de présenter au jury la défense d'erreur de fait. Il a considéré que le jury n'avait pas été trompé par l'exposé, que les directives du juge du procès n'avaient pas laissé au jury l'impression que les appelants étaient tenus de démontrer que leur croyance erronée au consentement était raisonnable. Le juge Craig a considéré que la défense d'erreur de fait n'aurait pas dû être présentée au jury. Selon lui, dans cette affaire, la question portait sur le consentement ou l'absence de consentement et rien dans la preuve ne permettait d'appuyer une défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Toutefois, il a convenu avec le juge Taggart que, pris dans son ensemble, l'exposé du juge du procès au jury était adéquat.

Le juge Lambert dans sa dissidence a été d'avis que dans les circonstances de cette affaire le juge était tenu de présenter la défense d'erreur de fait au jury. Toutefois, il a considéré que la défense avait été présentée de manière incorrecte. La dissidence est inscrite dans la minute de l'ordonnance de la Cour d'appel de la manière suivante:

[TRADUCTION] 1. QUE le juge du procès a commis une erreur en disant au jury que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement exigeait que quelque chose de plus qu'une croyance réelle au consentement soit présent dans l'esprit des accusés, et en disant au jury qu'il doit avoir un élément de preuve objectif dont on peut déduire que la plaignante pourrait avoir consenti.

2. QUE le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury, l'impression qu'il doit y avoir des motifs raisonnables à l'appui de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Les appelants ont soulevé trois moyens d'appels dans un mémoire révisé qui a été déposé pour le compte des trois. La première question soulevée allègue une erreur de la part du juge du procès sur le même fondement que celui qui est mentionné dans le premier motif de la dissidence du juge Lambert. Les deux autres moyens ont soulevé des points qui n'ont pas été traités devant les tribunaux d'instance inférieure et qui ont nécessité l'autorisation de cette Cour. Ils ont été exprimés dans le mémoire de la manière suivante:

2. The Learned Trial Judge was without jurisdiction to conduct a joint trial against the Applicants as the Crown had proceeded against each of the Applicants severally.

3. The Learned Trial Judge erred in law having embarked on a trial of the Applicants, in directing the Jury that they acted jointly and further in not directing the Jury that the actions and words in fact evidence of each one could not be used against each of the others.

An application for leave to appeal in respect of both grounds was refused. The Court did not feel it necessary to call upon counsel for the Crown on that application. The appeal then turned on the "mistake of fact" issue. The appellants argued that the trial judge was in error in instructing the jury that the defence required objective evidence, apart from the testimony of the accused, to support the proposition that the complainant may have been consenting. The Crown contended that if the defence was open on the evidence, then the judge's charge was adequate and did not confuse the jury.

The Law Generally

The defence of mistake of fact is of long standing in law and was referred to as a settled principle by Blackstone in his *Commentaries on the Laws of England* in the latter part of the eighteenth century. At page 25 of vol. 4 of the *Commentaries* (Beacon Press, Boston, 1962), the following appears under the marginal note "Ignorance or mistake":

Fifthly; *ignorance* or *mistake* is another defect of will; when a man, intending to do a lawful act, does that which is unlawful. For here the deed and the will acting separately, there is not that conjunction between them, which is necessary to form a criminal act. But this must be an ignorance or mistake of fact, and not an error in point of law. As if a man intending to kill a thief or housebreaker in his own house, 'under circumstances which would justify that act,' by mistake kills one of his own family, this is no criminal action; but if a man thinks he has a right to kill a person excommunicated or outlawed, wherever he meets him, and does so, this is wilful murder. For a mistake in point of law, which every person of discretion not only may, but is bound and presumed to know, is in criminal cases no sort of defence. *Ignorantia juris, quod quisque tenetur scire,*

[TRADUCTION] 2. Le juge du procès n'était pas compétent pour entendre un procès conjoint contre les requérants car le ministère public avait procédé séparément contre chacun d'eux.

a 3. Le juge du procès a commis une erreur de droit en entamant le procès contre les requérants en donnant des directives au jury selon lesquelles ils avaient agi conjointement et en outre en ne disant pas au jury que les actes et les paroles de chacun d'eux rapportés dans la preuve des faits ne pouvaient pas être utilisés contre chacun des autres.

c Une demande d'autorisation de pourvoi à l'égard des deux moyens a été refusée. La Cour n'a pas jugé nécessaire d'entendre l'avocat du ministère public sur cette demande. Le pourvoi porte donc sur la question de l'erreur de fait, car les appelants soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en expliquant au jury que la défense exigeait des éléments de preuve objectifs, outre le témoignage des accusés, à l'appui de la proposition que la plaignante avait pu donner son consentement. Le ministère public a soutenu que si la défense était permise vu la preuve, alors l'exposé du juge était adéquat et n'a pas embrouillé le jury.

Le droit en général

La défense d'erreur de fait existe depuis longtemps en droit et Blackstone l'a mentionnée comme un principe établi dans ses *Commentaries on the Laws of England*, dans la dernière partie du dix-huitième siècle. À la page 25 du vol. 4 des *Commentaries* (Beacon Press, Boston, 1962), le paragraphe suivant se trouve sous la note marginale «Ignorance ou erreur»:

[TRADUCTION] Cinquièmement; l'*ignorance* ou l'*erreur* est un autre défaut de la volonté; lorsqu'un homme qui a l'intention d'accomplir un acte légal accompli un acte illégal. Car dans ce cas-là l'acte et la volonté agissent de manière distincte, il n'existe pas de conjonction entre les deux, ce qui est nécessaire pour constituer un acte criminel. Toutefois, cela doit être une ignorance ou une erreur de fait et non une erreur sur un point de droit. Si un homme qui a l'intention de tuer un voleur ou un cambrioleur dans sa propre maison, «dans des circonstances qui justifieraient cet acte» tue par erreur un membre de sa propre famille, il ne s'agit pas d'un acte criminel; toutefois si un homme croit qu'il a le droit de tuer une personne excommuniée ou hors-la-loi, où qu'il la rencontre, et le fait, il s'agit d'un meurtre prémédité. Toutefois, une erreur sur un point de droit, que toute

neminem excusat, is as well the maxim of our own law, as it was of the Roman.

The defence has been variously described and may be conveniently stated in these terms. If an accused entertains an honest belief in the existence of a set of circumstances which, if they existed at the time of the commission of an otherwise criminal act, would have justified his act and rendered it non-criminal, he is entitled to an acquittal. The law on this question as far as Canada is concerned has been stated authoritatively in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. Dickson J. (as he then was), writing on this point with the concurrence of the majority of the Court, held that the defence was available in Canada, that it goes to the question of whether the accused had the necessary *mens rea* for the commission of the crime involved, and that the mistaken belief upon which the defence rests need not be reasonable, if honestly held. The subject has been further explored by my colleague, Wilson J., in her reasons for judgment in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918 (judgment delivered concurrently), with whose observations I agree. Our task then is to inquire whether in the circumstances of the case at bar the defence ought to have been put to the jury, and when it was put, was it done correctly?

It is well settled law that in his charge the trial judge must put to the jury all defences that may arise upon the evidence, whether they have been raised by counsel for the defence or not. In doing so, he is obliged to explain the law respecting the defence and to refer the jury to the evidence which may be relevant on that issue. Before putting the defence, however, the trial judge must decide whether in the facts before him the defence arises on the evidence. It is only when he decides this question in favour of the defence that he must leave it to the jury, for a trial judge is not bound to put every defence suggested by counsel in the absence of some evidentiary base. Indeed, he

personne censée non seulement peut mais doit connaître et est présumée connaître, ne constitue pas une défense dans une affaire criminelle. De même *Ignorantia juris, quod quisque tenetur scire, neminem excusat*, constitue la maxime de notre propre droit, comme elle était celle du droit romain.

La défense a été décrite de diverse façon et peut être commodément énoncée dans les termes suivants. Si un accusé croit sincèrement à l'existence d'un ensemble de circonstances qui, s'il existait au moment de la perpétration d'un acte par ailleurs criminel, aurait justifié son acte et lui aurait ôté son caractère criminel, il a le droit d'être acquitté. Le droit sur cette question, pour ce qui est du Canada, a été énoncé de manière précise dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Le juge Dickson (maintenant juge en chef), dont les motifs sur ce point ont reçu l'accord de la majorité de la Cour, a conclu que la défense existait au Canada, qu'il fallait examiner la question de savoir si l'accusé avait la *mens rea* nécessaire pour la perpétration du crime visé et qu'il n'était pas nécessaire que la croyance erronée sur laquelle la défense est fondée soit raisonnable si elle est sincère. Le juge Wilson a exploré le sujet plus à fond dans ses motifs de jugement dans l'affaire *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918 (rendue concurremment), et je suis d'accord avec ses observations. Notre tâche est donc d'examiner si, dans les circonstances de l'espèce, la défense aurait dû être présentée au jury et, lorsqu'elle l'a été, est-ce que cela a été fait correctement?

Il est bien établi en droit que dans son exposé au jury le juge du procès doit présenter tous les moyens de défense qui peuvent être soulevés d'après les éléments de preuve, qu'ils aient été plaidentés par l'avocat de la défense ou non. Ainsi, il est obligé d'expliquer le droit concernant le moyen de défense et de signaler au jury l'élément de preuve qui peut être pertinent à cet égard. Toutefois, avant de présenter la défense, le juge du procès doit décider si, d'après les faits qui lui sont présentés, le moyen de défense découle des éléments de preuve. C'est seulement lorsqu'il rend une décision favorable sur cette question qu'il doit présenter la défense au jury, car le juge du procès n'est pas tenu de présenter tous les moyens de défense proposés par l'avocat en l'absence d'élé-

should not do so, for to put a wholly unsupported defence would only cause confusion.

This question was dealt with in some detail in *Pappajohn*. The majority of the Court were of the view that a defence should be put when there was evidence before the Court which would give an air of reality to the defence. While Dickson and Estey JJ. dissented from the majority on the question of whether such evidence existed, they expressed no disapproval of the test for putting the defence adopted by the majority. At page 127 in the *Pappajohn* case, the matter was discussed and such cases as *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; and *Workman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 266, were cited.

In discussing the application of the "air of reality" test in the *Pappajohn* case, I said, at p. 133:

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

These words appear, on occasion, to have been misunderstood, but I do not withdraw them. There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. If that mere assertion were sufficient to require a trial judge to put the "mistake of fact" defence, it would be a simple matter in any rape case to make such an assertion and, regardless of all other circumstances, require the defence to be put. It must be remembered that at this stage of the proceedings the trial judge is not in any way concerned with the question of guilt or innocence. He is not concerned with the weight of evidence or with the credibility of evidence. The question he must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? To answer this question, he must consider all the evidence, all the circumstances. The

ments de preuve à l'appui. En fait, il ne devrait pas le faire, car présenter un moyen de défense qui n'est absolument pas appuyé par un élément de preuve ne causerait que de la confusion.

^a Cette question a été traitée en détail dans l'arrêt *Pappajohn*. La Cour a été d'avis à la majorité qu'une défense devait être soumise au jury lorsqu'un élément de preuve qui lui donne une apparence de vraisemblance est présenté à la cour. Bien que les juges Dickson et Estey aient été en désaccord avec la majorité sur l'existence de cet élément de preuve, ils n'ont pas désapprouvé le critère de présentation de la défense adopté par cette dernière. La question a été analysée à la p. 127 de l'arrêt *Pappajohn* et les arrêts *Wu v. The King*, [1934] R.C.S. 609, *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, et *Workman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 266, ont été cités.

^d En analysant l'application du critère de l'«apparence de vraisemblance» dans l'arrêt *Pappajohn*, j'ai dit à la p. 133:

^e Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou ^f s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

Ces termes paraissent, à l'occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense «d'erreur de fait», il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit soumis au jury. Il faut se souvenir que, à ce stade des procédures, le juge du procès n'examine aucunement la question de la culpabilité ou de l'innocence. Il ne s'intéresse pas à la force probante des éléments de preuve ou à la crédibilité des témoignages. La question à laquelle il doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense

statement of the accused alleging a mistaken belief will be a factor but will not by itself be decisive, and even in its total absence, other circumstances might dictate the putting of the defence. This view finds support in the passage from the Heilbron Report (Great Britain, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975)) referred to by Dickson J., at p. 155 in *Pappajohn*, in these terms:

66. *Morgan's* case did not decide, as some critics seem to have thought, that an accused person was entitled to be acquitted, however ridiculous his story might be, nor did it decide that the reasonableness or unreasonableness of his belief was irrelevant. Furthermore it is a mistaken assumption that a man is entitled to be acquitted simply because he asserts this belief, without more. [Emphasis added.]

When the defence of mistake of fact—or for that matter any other defence—is raised, two distinct steps are involved. The first step for the trial judge is to decide if the defence should be put to the jury. It is on this question, as I have said, that the “air of reality” test is applied. It has nothing to do with the jury and is not a factor for its consideration. If it is decided to put the defence, the second step requires the trial judge to explain the law to the jury, review the relevant evidence, and leave the jury with the issue of guilt or innocence. The jury must consider all the evidence, and they must be satisfied beyond a reasonable doubt in the case of a rape charge that there was no consent before they may convict. Where they find there was consent or honest belief in consent, or if they have a doubt on either issue, they must acquit. They should be told as well that the belief, if honestly held, need not be based on reasonable grounds. Before going further, it should be observed that, since the decision of this Court in *Pappajohn*, the

paraît-il vraisemblable? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances. La déclaration de l'accusé alléguant une croyance erronée constituera un facteur mais ne sera pas en elle-même décisive et, même en l'absence de cette déclaration, d'autres circonstances pourraient commander la présentation de la défense. Cette opinion est appuyée par le passage du rapport Heilbron (Grande-Bretagne, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975)), mentionné par le juge Dickson à la p. 155 dans l'affaire *Pappajohn*, en ces termes:

[TRANSDUCTION] 66. L'arrêt *Morgan* n'a pas décidé, comme certains critiques semblent l'avoir cru, qu'un accusé avait le droit d'être acquitté, quelque invraisemblable que puisse être sa version, ni que le caractère raisonnable ou non de sa croyance n'était pas pertinent. De plus, il est erroné de prétendre qu'un homme a le droit d'être acquitté simplement parce qu'il affirme avoir eu cette croyance, sans plus. [C'est moi qui souligne.]

Lorsque la défense d'erreur de fait, ou d'ailleurs tout autre moyen de défense, est soulevée, deux étapes distinctes doivent être franchies. La première étape exige que le juge du procès décide si le moyen de défense devrait être soumis au jury. C'est à l'égard de cette question, comme je l'ai déjà dit, que le critère de l'«apparence de vraisemblance» s'applique. Il n'a rien à voir avec le jury et ne constitue pas un facteur qu'il doit examiner. Si l'on décide de soumettre le moyen de défense au jury, la seconde étape exige que le juge du procès explique le droit au jury, passe en revue les éléments de preuve pertinents et laisse au jury le soin de trancher la question de la culpabilité ou de l'innocence. Le jury doit examiner tous les éléments de preuve et, avant de pouvoir rendre un verdict de culpabilité, il doit être convaincu hors de tout doute raisonnable dans le cas d'une accusation de viol qu'il n'y a eu aucun consentement. Lorsqu'il conclut qu'il y avait consentement ou croyance sincère au consentement ou s'il a un doute sur l'un ou l'autre point, il doit rendre un verdict d'acquiescement. On devrait également lui dire qu'il n'est pas nécessaire que la croyance, si elle est sincère, soit fondée sur des motifs raisonnables. Avant d'aller plus loin, il convient de souli-

Criminal Code has been amended by the addition of s. 244(4), which provides:

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

This section, in my view, does not change the law as applied in *Pappajohn*. It does not require that the mistaken belief be reasonable or reasonably held. It simply makes it clear that in determining the issue of the honesty of the asserted belief, the presence or absence of reasonable grounds for the belief are relevant factors for the jury's consideration. This approach was, I suggest, foreshadowed in *Pappajohn* by Dickson J., at pp. 155-56, where he said:

Perpetuation of fictions does little for the jury system or the integrity of criminal justice. The ongoing debate in the courts and learned journals as to whether mistake must be reasonable is conceptually important in the orderly development of the criminal law, but in my view, practically unimportant because the accused's statement that he was mistaken is not likely to be believed unless the mistake is, to the jury, reasonable. The jury will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found, or asserted to be available, to support the defence of mistake. Although "reasonable grounds" is not a precondition to the availability of a plea of honest belief in consent, those grounds determine the weight to be given the defence. The reasonableness, or otherwise, of the accused's belief is only evidence for, or against, the view that the belief was actually held and the intent was, therefore, lacking.

The jury should then be instructed, in accordance with s. 244(4) of the *Code*, that when considering all the evidence relating to the question of the honesty of the accused's asserted belief in consent they must consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

gner que, depuis l'arrêt *Pappajohn*, le *Code criminel* a été modifié par l'adjonction du par. 244(4) qui prévoit:

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant a consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge doit, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demander à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

Cet article, à mon avis, ne modifie pas le droit appliqué dans l'arrêt *Pappajohn*. Il n'exige pas que la croyance erronée soit raisonnable ou jugée raisonnable. Il établit simplement de manière précise que, dans l'examen de la question de la sincérité de la croyance, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de cette croyance sont des facteurs pertinents que le jury doit prendre en considération. Je suis d'avis que cette position avait été annoncée dans l'arrêt *Pappajohn* par le juge Dickson aux pp. 155 et 156, lorsqu'il a dit:

Ni le système du jury ni l'intégrité de la justice criminelle ne sont bien servis par la perpétration de fictions. Le débat actuel dans les tribunaux et les journaux spécialisés sur la question de savoir si l'erreur doit être fondée, est important sur le plan conceptuel pour l'évolution harmonieuse du droit criminel, mais, à mon avis, c'est sans importance pratique, parce qu'il est peu probable que le jury croie l'accusé qui déclare être dans l'erreur à moins que celle-ci ne soit, aux yeux du jury, fondée sur des motifs raisonnables. Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des «motifs raisonnables» ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

On devrait alors demander au jury, conformément au par. 244(4) du *Code*, de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la question de la sincérité de la croyance de l'accusé au consentement, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de celle-ci.

Application to this Case

In the Court of Appeal, Taggart and Lambert J.J.A., while differing in the result, were both of the opinion that the evidence was sufficient to warrant the putting of the defence to the jury. I am in agreement with that view. From the evidence it is clear that when the complainant was picked up on the street by Laybourn, after some discussion she did consent to sexual intercourse with Laybourn. This consent would, of course, not extend to the others, and it may well be that she withdrew her consent on learning that the others wished to participate in the evening's activities. But there was other evidence, that of the witness Jones in the adjoining room which told of bargaining regarding price, and conversation that could be considered equivocal at times but which could raise questions on the issue of whether, and to what extent, she may have consented, or to what extent the appellants may have understood her to be consenting. I would agree, as I have said, with Taggart and Lambert J.J.A. that there was then sufficient evidence to lend an air of reality to the defence of mistake of fact and the trial judge was not in error in deciding to put the defence to the jury.

The two points on which Lambert J.A. dissented in the Court of Appeal have been set out above. In summary, he was of the view that the trial judge was in error in telling the jury that more than a genuine belief in consent in the mind of the accused was required to support the defence and that there must be some objective evidence supporting the belief that the complainant might be consenting and, as well, that there was error on the part of the trial judge in leaving the jury with the impression that there must be reasonable grounds for the honest but mistaken belief before the defence could prevail. Lambert J.A. based his dissent not upon the main charge but upon a supplementary charge requested by the jury after they had commenced their deliberations. On their return to the courtroom, after some evidence had been read back at the jury's request, the following occurred:

Application à l'espèce

En Cour d'appel, les juges Taggart et Lambert, bien qu'ils soient en désaccord quant au résultat, ont été tous deux d'avis que les éléments de preuve étaient suffisants pour justifier la présentation de la défense au jury. Je partage ce point de vue. D'après les éléments de preuve, il est évident que lorsque Laybourn a ramassé la plaignante dans la rue, elle a consenti après une discussion à avoir des rapports sexuels avec lui. Évidemment, les autres ne pouvaient pas se prévaloir de ce consentement et il se peut bien qu'elle l'ait retiré en apprenant que les autres souhaitaient participer aux activités de la soirée. Toutefois, il y a un autre témoignage, celui du témoin Jones dans la chambre voisine qui indique une négociation concernant le prix et une conversation qui pourrait être considérée comme équivoque à ce moment-là, mais qui pourrait soulever des doutes sur la question de savoir si elle a consenti et dans quelle mesure elle l'a fait ou dans quelle mesure les appelants pouvaient avoir compris qu'elle consentait. Comme je l'ai dit, je conviens avec les juges Taggart et Lambert qu'il y avait alors des éléments de preuve suffisants pour accorder à la défense d'erreur de fait une apparence de vraisemblance et le juge du procès n'a pas commis d'erreur en décidant de la soumettre au jury.

Les deux points sur lesquels a porté la dissidence du juge Lambert en Cour d'appel ont été énoncés précédemment. En résumé, il est d'avis que le juge du procès a commis une erreur en disant au jury qu'il fallait plus qu'une croyance sincère au consentement dans l'esprit des accusés pour appuyer la défense, et qu'il devait y avoir certains éléments de preuve objectifs à l'appui de la croyance que la plaignante pouvait avoir consenti, et aussi que le juge du procès a commis une erreur en donnant au jury l'impression que la croyance sincère mais erronée doit se fonder sur des motifs raisonnables pour que le moyen de défense puisse être utilisé. Le juge Lambert n'a pas fondé sa dissidence sur l'exposé principal, mais sur un exposé supplémentaire demandé par le jury après le début des délibérations. Lorsque le jury est revenu dans la salle d'audience, après que certains éléments de preuve eurent été lus de nouveau à sa demande, la conversation suivante a eu lieu:

THE COURT: Thank you. Now, that's the evidence of Mr. Jones that you asked for.

Mr. Foreman, you've given me another question which is not quite as simple as the last one and you've asked for further address to the jury on the matter of reasonable belief. I'm hard pressed to do that. Is there anything specific that you're concerned about?

MR. FOREMAN: My lord, I believe when you were addressing us this morning on the definition of reasonable belief that you were going quite quickly.

THE COURT: Okay, I'll go over it again. You realize, of course, when I instructed you on honest belief, this is the third position as opposed to—opposed to the consent being asserted by the Accused, denied by the complainant, this is something over and above that scenario, and that's where it is. If you find there is some evidence that might assist you in concluding that, even though the girl wasn't consenting, you accepted that, if there is some basis upon which the Accused thought she was consenting, that would be a defence, but that has to be based on something more than something in his mind, it has to be based on something else, some evidence from which an inference can be drawn that she might be consenting.

I will read again—I dealt with the ingredients of the crime of rape as being complete upon (a) an act of sexual intercourse, (b) without consent. An affirmative finding as to each of these elements in this case does not end the matter, as a defence is not evidence that the Accused believed Laybourn—believed Ms. Schmidt to be consenting to the sexual intercourse.

The commission of a crime voluntarily directed by a willing mind, this we call *mens rea*. This consists of some positive state of mind such as an intention or the knowledge of the wrongfulness of the act or reckless disregard of the consequences which must be proved by the prosecution. The mental element may be established by inference on the nature of the act committed or by additional evidence. You will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found or asserted to be available to support the Accused's belief. Reasonable grounds is not a pre-condition to the availability of honest belief and consent, those grounds determine the weight to be given to the evidence. The reasonableness or otherwise of the Accused's belief is only evidence for or against the view that the belief was actually held and the intent

[TRANSDUCTION] LA COUR: Merci. Maintenant c'était le témoignage de M. Jones que vous avez demandé.

Monsieur le président du jury, vous m'avez posé une autre question qui n'est pas aussi simple que la dernière et vous avez demandé de nouvelles directives au jury sur la question de la croyance raisonnable. J'ai beaucoup de mal à le faire. Y-a-t-il une question précise qui vous préoccupe?

LE PRÉSIDENT: Votre Seigneurie, je crois que dans l'exposé que vous nous avez fait ce matin sur la définition de la croyance raisonnable vous êtes allé un peu rapidement.

LA COUR: D'accord je vais le reprendre. Évidemment vous savez que lorsque je vous ai donné les directives sur la croyance sincère, il s'agissait de la troisième position par rapport à—par rapport au consentement qui est allégué par les accusés, nié par la plaignante, c'est simplement de surcroît à cette hypothèse et c'est là que c'est. Si vous décidez qu'il y a certains éléments de preuve qui pourraient vous aider à conclure que même si la fille ne consentait pas, vous avez accepté que, s'il y a un certain fondement permettant aux accusés de croire qu'elle consentait, cela constituerait un moyen de défense, mais il doit être fondé sur quelque chose d'autre que quelque chose dans leur esprit, il doit être fondé sur quelque chose d'autre, certains éléments de preuve dont on peut déduire qu'elle pouvait être consentante.

Je vais lire encore une fois—j'ai traité des éléments du crime de viol comme étant complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels, b) sans consentement. Une conclusion affirmative à l'égard de chacun de ces éléments en l'espèce ne met pas fin à l'affaire, car un moyen de défense ne constitue pas une preuve que les accusés croyaient que Laybourn—croyait que M^{me} Schmidt consentait aux rapports sexuels.

La perpétration d'un crime délibérément dirigé par la volonté, c'est ce que nous appelons *mens rea*. Cela comporte un état d'esprit positif comme l'intention ou la connaissance du caractère injustifié de l'acte ou une insouciance négligente à l'égard des conséquences, ce qui doit être démontré par la poursuite. L'élément moral peut être établi par déduction vu la nature de l'acte commis ou par des éléments de preuve supplémentaires. Vous devrez examiner le caractère raisonnable des motifs à l'égard desquels on conclut ou prétend qu'il peut appuyer la croyance des accusés. L'existence de motifs raisonnables ne constitue pas une condition préalable à l'existence de la croyance sincère et du consentement, ces motifs déterminent la valeur qui doit être accordée à la preuve. Le caractère raisonnable ou autre de la croyance de l'accusé ne

was therefore lacking. So if you conclude that the Accused or any of them honestly believed Ms. Schmidt was consenting to the acts of intercourse and that then that necessary mental element would be lacking and you would acquit.

Now, this is—that is only, of course, when there is some reasonable grounds to support the belief because it can hardly be an honest belief if it isn't based on anything to support the belief and it's not sufficient to say I believe she was opposing the rape, it has to be something else, something you can glean from the evidence to support that position. [Emphasis added.]

The words of the foreman of the jury, quoted above, revealed that the jury was concerned on the question of reasonable belief. It was therefore important that the trial judge direct the jury fully on the question so that any misapprehension on their part could be dispelled. Lambert J.A. noted this point and, referring to the two emphasized passages in the part of the charge quoted above, he said, at pp. 276-77:

The first passage is wrong. The defence of honest belief does not have to be based on something more than something in his mind. The trial judge should not put the "air of reality" question to the jury. That is for him. Once he has decided to put the defence to the jury, the "air of reality" question is over. All that is then required is for the jury to decide on the evidence whether the accused honestly believed in consent, in his own mind. There does not have to be "evidence from which an inference could be drawn that she might be consenting." That diverts the jury from the question that is truly before them, namely: did the accused believe that the complainant consented?

The second passage is also wrong. There do not have to be reasonable grounds to support the belief. It can be an honest belief even if there are no reasonable grounds. I do not think that the previous paragraph can modify the impression that this last paragraph must have had on the jury. I doubt if what the trial judge actually said was "... it's not sufficient to say I believe she was opposing the rape ..."

constitue qu'un élément de preuve à l'appui ou à l'encontre de l'opinion selon laquelle la croyance était réelle et qu'il n'y avait donc pas d'intention. Alors si vous concluez que les accusés ou l'un d'entre eux ont sincèrement cru que M^{me} Schmidt consentait aux rapports sexuels et donc qu'il n'y avait pas l'élément moral nécessaire, vous rendrez un verdict d'acquittement.

Maintenant c'est—c'est seulement, évidemment, lorsqu'il existe des motifs raisonnables à l'appui de la croyance parce qu'il peut difficilement s'agir d'une croyance sincère si elle n'est pas fondée sur quelque chose qui l'appuie et il n'est pas suffisant de dire je crois qu'elle s'opposait au viol, il faut qu'il y ait quelque chose d'autre, quelque chose que vous pouvez recueillir dans les éléments de preuve pour appuyer cette position. [C'est moi qui souligne.]

Ce qu'a dit le président du jury ci-dessus indique que le jury se posait des questions sur la croyance raisonnable. Il était donc important que le juge du procès lui donne des directives complètes sur la question de manière à dissiper tout malentendu. Le juge Lambert a noté ce point et, en mentionnant les deux passages soulignés dans la partie de l'exposé citée précédemment, il a dit (aux pp. 276 et 277):

[TRADUCTION] Le premier passage est erroné. La défense de croyance sincère n'a pas à être fondée sur quelque chose de plus que quelque chose de mental. Le juge du procès ne devrait pas présenter la question de l'«apparence de vraisemblance» au jury. Il doit la garder pour lui. Dès qu'il a décidé de présenter le moyen de défense au jury, la question de l'«apparence de vraisemblance» ne se pose plus. Alors tout ce qui est nécessaire c'est que le jury décide d'après les éléments de preuve si l'accusé croyait sincèrement au consentement dans son propre esprit. Il ne doit pas y avoir d'«éléments de preuve dont on peut déduire qu'elle pouvait être consentante.» Cela détourne le jury de la question qu'il a vraiment à trancher, savoir: l'accusé croit-il que la plaignante a consenti?

Le second passage est également erroné. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait des motifs raisonnables à l'appui de la croyance. Ce peut être une croyance sincère même s'il n'y a pas de motif raisonnable. Je ne crois pas que le paragraphe précédent puisse modifier l'impression que ce dernier paragraphe doit avoir donnée au jury. Je doute que ce que le juge du procès a réellement dit était «... il n'est pas suffisant de dire je crois qu'elle s'opposait au viol...»

As I have indicated, I agree with Lambert J.A. that the "air of reality" test is for the judge and does not concern the jury. The issue facing the jury with respect to the defence which had been put to them related to the honesty of the appellants' asserted belief in consent. It was said to be error on the part of the trial judge to say that the belief entertained by the appellants had to be based on something from which the inference could be drawn that there might be a consent. In this, the trial judge may well have been confusing the "air of reality" test, which is for him alone, with the "reasonable doubt" test, which is for the jury, and his words may well have diverted the jury from their true task which was to answer the question: Did the accused believe that the complainant consented? Regardless of its effect on them, however, the second passage attacked by Lambert J.A. is clearly wrong and, as he said, amounts to serious misdirection. I am unable to say that this specific direction that there must be some reasonable ground to support the asserted belief, being the last words the jury heard on the subject, would not override the earlier correct direction. I would, accordingly, allow the appeal and direct a new trial.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I have read the reasons for judgment of my colleague Justice McIntyre and, for the reasons he sets out, I agree that this appeal should succeed. I wish to add, however, the following qualifications to certain statements made in his reasons.

I agree with McIntyre J. that "a trial judge is not bound to put every defence suggested by counsel in the absence of some evidentiary base" (p. 789) and that "to put a wholly unsupported defence would only cause confusion" (p. 790) amongst the jurors. In addition, I do not take issue with the "air of reality" test referred to in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, by McIntyre J.

Comme je l'ai indiqué, je conviens avec le juge Lambert que le critère de l'«apparence de vraisemblance» relève du juge et ne concerne pas le jury. La question à laquelle devait répondre le jury, en ce qui a trait au moyen de défense qui lui a été présenté, se rapportait à la sincérité de la croyance au consentement que les appelants ont fait valoir. On a dit que le juge du procès a commis une erreur en disant que la croyance nourrie par les appelants devait être fondée sur quelque chose dont on pouvait déduire qu'il y aurait consentement. Ainsi, le juge du procès peut très bien avoir confondu le critère de l'«apparence de vraisemblance» qui relève de lui seul, avec le critère du «doute raisonnable» qui relève du jury, et son explication peut très bien avoir détourné le jury de sa tâche véritable qui était de répondre à la question: les accusés croyaient-ils que la plaignante consentait? Toutefois peu importe son effet sur le jury, le second passage contesté par le juge Lambert est clairement erroné et, comme il le dit, équivaut à une grave directive erronée. Je ne suis pas en mesure de dire que la directive précise selon laquelle il doit y avoir un motif raisonnable à l'appui de la croyance, qui constitue les derniers mots que le jury a entendus sur le sujet, ne l'emporterait pas sur les autres directives précédentes qui étaient appropriées. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—J'ai lu les motifs de jugement de mon collègue le juge McIntyre et, pour les motifs qu'il expose, je conviens que ce pourvoi doit être accueilli. Je désire cependant ajouter les réserves suivantes à certaines affirmations qu'on trouve dans ses motifs.

Je partage l'opinion du juge McIntyre que, «le juge du procès n'est pas tenu de présenter tous les moyens de défense proposés par l'avocat en l'absence d'éléments de preuve à l'appui» (pp. 789 et 790), et que «présenter un moyen de défense qui n'est absolument pas appuyé par un élément de preuve ne causerait que de la confusion» (p. 790) parmi les jurés. Je ne conteste pas non plus le critère de l'«apparence de vraisemblance» mentionné par le juge McIntyre dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

With respect, however, I have difficulties with his application of the "air of reality" test. In *Pappajohn*, he said, at p. 133:

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

In his reasons in this case, he says (at p. 790):

These words [air of reality] appear, on occasion, to have been misunderstood, but I do not withdraw them. There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. If that mere assertion were sufficient to require a trial judge to put the 'mistake of fact' defence, it would be a simple matter in any rape case to make such an assertion and, regardless of all other circumstances, require the defence to be put.

If this means that the trial judge is not required to put the defence to the jury merely because the accused's lawyer has referred to the defence in argument, then I agree. There must be some evidence supporting the defence before it is to be put to the jury. However, I must respectfully take issue with the "air of reality" norm if it is to be understood as going so far as enabling the trial judge to choose not to leave the defence of honest belief with the jury even in a case where the accused has taken the stand and asserted under oath that he or she honestly believed in consent. An accused's oath to the effect that he or she honestly believed in consent is always some evidence, and its probative value in any given case belongs to the jury and not to the trial judge. It is, of course, open to the trial judge to comment on the probative value of the evidence, but the jury remains the master of the facts. The trial judge must not usurp the role of the jury by removing the evidence from the jury's consideration on the ground that, in his or her view, the defence lacks an "air of reality".

Avec égards, cependant, sa façon d'appliquer le critère de l'«apparence de vraisemblance» me cause de la difficulté. Dans l'affaire *Pappajohn*, il dit à la p. 133:

a Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou b s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

En l'espèce, il dit (à la p. 790):

Ces termes [apparence de vraisemblance] paraissent, à c l'occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances d de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense «d'erreur de fait», il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit e soumis au jury.

Si cela signifie que le juge du procès n'est pas tenu de soumettre le moyen de défense au jury lorsque l'avocat de l'accusé n'a fait que le mentionner dans ses plaidoiries, alors je suis d'accord. f Certains éléments de preuve doivent appuyer le moyen de défense avant qu'il puisse être soumis au jury. Cependant, je dois avec égards contester la norme d'«apparence de vraisemblance» s'il faut g comprendre qu'elle va jusqu'à permettre au juge du procès de choisir de ne pas soumettre au jury le moyen de défense de croyance sincère même lorsque l'accusé a témoigné et affirmé sous serment qu'il croyait sincèrement qu'il y avait consentement. h Le serment de l'accusé portant qu'il croyait sincèrement au consentement constitue toujours une certaine preuve et sa valeur probante dans chaque cas particulier doit être appréciée par le jury et non par le juge du procès. Il est, bien sûr, i loisible à ce dernier de donner son opinion sur la valeur probante de la preuve, mais le jury reste le seul maître des faits. Le juge du procès ne doit pas usurper le rôle du jury en ne soumettant pas des j éléments de preuve à l'appréciation du jury parce que, à son avis, le moyen de défense manque d'«apparence de vraisemblance».

Writing for the majority of this Court in *Mezzo v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 802, in the context of directed verdicts, McIntyre J. said, at p. 844:

When, however, he [Lord Widgery C.J. in *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.)] introduces the suggestion that the trial judge should consider the quality of the evidence and, where he finds it wanting, take the case from the jury, he enters more controversial ground and authorizes the trial judge to encroach upon the jury's territory. Such a step blurs or even obliterates the clear line separating the functions of judge and jury. Questions of credibility and the weight that should be given to evidence are peculiarly the province of the jury. The term 'quality', as applied by Lord Widgery C.J., is really nothing more than a synonym for 'weight'. To consider it, the trial judge exceeds his function.

The combined effect of McIntyre J.'s test in this case for withdrawing a defence from the jury and the majority's test in *Mezzo* for withdrawing the case would lead to incongruous results. Where the only evidence on the questions of consent and belief in consent is the testimony of the complainant and that of the accused, the complainant's allegation of no consent must go to the jury (*Mezzo*) but the accused's defence of honest belief in consent may be withdrawn from the jury unless it is supported by other evidence or circumstances (this case). The old common law rule in sexual assault cases that the trial judge must instruct the jury that it is unsafe to convict in the absence of corroboration of the complainant's testimony (which was abolished by s. 246.4 of the *Criminal Code*) would in effect be replaced by a rule requiring corroboration of the accused's testimony. Such a requirement will often work an injustice to the accused. Clearly the best, and quite often the only, evidence of the accused's subjective belief will be his or her testimony, and there is no basis in law or in principle for requiring corroboration. In addition, this Court decided in *Pappajohn* that the accused's belief must be honest but need not be reasonable. As a result, there clearly cannot be a requirement that the accused's belief be supported

Écrivant au nom de la majorité de cette Cour dans l'arrêt *Mezzo c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 802, dans le contexte des verdicts imposés, le juge McIntyre a dit à la p. 844:

^a Toutefois, lorsqu'il [le juge en chef lord Widgery dans l'arrêt *R. v. Turnbull*, [1976] 3 All E.R. 549 (C.A.)] laisse entendre que le juge du procès devrait examiner la qualité de la preuve pour en dessaisir le jury s'il la juge insuffisante, il s'avance sur un terrain plus glissant car il ^b autorise alors le juge à empiéter sur le domaine de compétence du jury. Une telle démarche estompe, voire même supprime, la ligne de démarcation claire qui existe entre les fonctions du juge et celles du jury. Les questions de la crédibilité et du poids qu'il faut accorder ^c à un témoignage relèvent exclusivement de la compétence du jury. Le terme «qualité», dans le sens que lui donne le juge en chef lord Widgery, n'est en réalité rien de plus qu'un synonyme de «poids». En l'examinant, le juge excède ses fonctions.

^d L'effet combiné du critère suivi par le juge McIntyre en l'espèce pour ne pas soumettre une défense au jury et le critère établi par la majorité dans l'arrêt *Mezzo* pour dessaisir le jury d'une affaire, ^e amènerait des résultats incongrus. Lorsque la seule preuve sur les questions du consentement et de croyance au consentement est le témoignage du plaignant et celui de l'accusé, l'allégation de non-consentement du plaignant doit être soumise au jury (*Mezzo*), mais la défense de l'accusé alléguant une croyance sincère au consentement peut ^f ne pas être soumise au jury, à moins qu'elle soit appuyée par d'autres éléments de preuve ou par les circonstances (en l'espèce). L'ancienne règle de ^g *common law* en matière d'agression sexuelle voulant que le juge du procès doit exposer au jury qu'il est dangereux de condamner en l'absence de corroboration du témoignage du plaignant (qui a ^h été abolie par l'art. 246.4 du *Code criminel*) serait en fait remplacée par une règle qui exigerait la corroboration du témoignage de l'accusé. Une telle exigence sera souvent injuste envers l'accusé. Il est clair que la meilleure et très souvent la seule ⁱ preuve de la croyance subjective de l'accusé sera son témoignage et il n'existe aucun fondement en droit ou en principe qui exige la corroboration. En outre, cette Cour a décidé dans l'arrêt *Pappajohn* que la croyance de l'accusé doit être sincère, sans ^j nécessairement être raisonnable. Par conséquent, on ne peut nettement pas imposer que la croyance

by the circumstances before it can be submitted to the jury. As Dickson J., as he then was, wrote, at p. 156:

It will be a rare day when a jury is satisfied as to the existence of an unreasonable belief. If the claim of mistake does not raise a reasonable doubt as to guilt, and all other elements of the crime have been proved, then the trier of fact will not give effect to the defence. But, if there is any evidence that there was such an honest belief, regardless of whether it is reasonable, the jury must be entrusted with the task of assessing the credibility of the plea.

I should, in passing, add that in my view the issue of mistaken belief in consent should also be submitted to the jury in all cases where the accused testifies at trial that the complainant consented. The accused's testimony that the complainant consented must be taken to mean that he believed that the complainant consented. As a result, if the jury believes the complainant and concludes that the complainant did not consent, that does not end the matter, for the accused's assertion cannot be disposed of completely unless consideration is then given to his or her being honestly mistaken in believing that the complainant consented.

Finally, I wish to add that I do not believe that this view of the "air of reality" test will open the floodgates to claims of honest mistake as to consent in sexual assault cases. An accused who wishes to raise the defence in the absence of any other evidence supporting an honest mistake will be required to take the stand and will run the risks of cross-examination. In addition, I do not think that the jury will be fooled by false claims of the defence. Juries are constantly assessing and then discarding defences because they lack an air of reality and do not raise a reasonable doubt. Sexual offence cases are no different.

Subject to these reservations, I agree with McIntyre J.'s reasons and would accordingly allow the appeal and direct a new trial.

de l'accusé soit appuyée par les circonstances avant de pouvoir la soumettre au jury. Comme le juge Dickson, alors juge puîné, l'a écrit, à la p. 156:

* Ce n'est pas demain qu'un jury sera convaincu de l'existence d'une croyance déraisonnable. Si l'erreur alléguée ne soulève pas un doute raisonnable quant à la culpabilité, et si tous les autres éléments de l'infraction ont été prouvés, le juge du fond ne donnera pas effet au moyen de défense. Mais s'il y a une preuve de l'existence de pareille croyance sincère, qu'elle se fonde ou non sur des motifs raisonnables, le jury doit se voir confier la tâche d'évaluer le crédit qu'il faut accorder au plaidoyer.

* J'ajouterais en passant qu'à mon avis la question de croyance erronée au consentement devrait aussi être soumise au jury dans tous les cas où l'accusé témoigne au procès que le plaignant a consenti. On doit interpréter le témoignage de l'accusé que le plaignant a consenti comme voulant dire qu'il croyait que le plaignant consentait. Par conséquent, si le jury croit le plaignant et conclut que celui-ci n'a pas consenti, cela ne clôt pas le débat car on ne peut statuer définitivement sur l'affirmation de l'accusé sans se demander s'il croyait sincèrement, mais à tort, que le plaignant consentait.

* Enfin, je veux ajouter que je ne crois pas que cette façon de voir l'«apparence de vraisemblance» provoquera une avalanche d'allégations d'erreur de bonne foi en matière de consentement dans des affaires d'agression sexuelle. Un accusé qui désire soulever ce moyen de défense en l'absence d'autres éléments de preuve appuyant une erreur de bonne foi devra témoigner et courir le risque d'un contre-interrogatoire. En outre, je ne crois pas que le jury sera trompé par de fausses allégations de la défense. Les jurys évaluent constamment les défenses pour ensuite les rejeter parce qu'elles manquent de vraisemblance et ne soulèvent pas de doute raisonnable. Les infractions en matière sexuelle ne sont pas différentes.

Sous réserve de ce qui précède, je suis d'accord avec les motifs du juge McIntyre et je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitor for the appellant Laybourn: Howard Rubin, Vancouver.

Solicitor for the appellants Bulmer and Illingworth: Kenneth S. Westlake, Vancouver.

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

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné.

Procureur de l'appellant Laybourn: Howard Rubin, Vancouver.

*Procureur des appelants Bulmer et Illingworth:
a Kenneth S. Westlake, Vancouver.*

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