

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Douglas Robertson *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROBERTSON

File No.: 19813.

1986: December 16, 17; 1987: June 4.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Criminal law — Sexual assault — Charge to jury — Defence of mistake of fact — Should the trial judge, in every sexual assault case, instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244(4), 246.1(1)(a).

Evidence — Admissibility — Similar fact evidence — Accused convicted of sexual assault — Whether or not evidence of accused's making a sexual proposition to complainant's roommate admissible — If inadmissible, whether or not s. 613(1)(b)(iii) of the Criminal Code applicable to save conviction.

The accused was charged with sexual assault under s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code*. At trial, the complainant testified that the accused, a complete stranger to her, gained entry to her apartment early one morning by pretending to be a friend of her roommate. When the complainant asked him to leave under threat of screaming, the accused put one hand over her mouth and with the other hand took hold of her hair, pulled her away from the door and forced her to the floor. He threatened her, struck her once in order to ensure her submission and then sexually assaulted her. The complainant was terrified and lay still, afraid that if she struggled the accused would hurt her. After a while, the accused got dressed and left.

In her testimony, the roommate indicated that she arrived shortly after the incident, found the complainant terribly upset and noticed a bruise over her eye. She also testified that she had met the accused the month before when she served him as a customer at the convenience

* Chouinard J. took no part in the judgment.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

James Douglas Robertson *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. ROBERTSON

N° du greffe: 19813.

1986: 16, 17 décembre; 1987: 4 juin.

b

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

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

c

Droit criminel — Agression sexuelle — Exposé au jury — Moyen de défense d'erreur de fait — Le juge du procès doit-il dans chaque affaire d'agression sexuelle dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244(4), 246.1(1)(a).

d

Preuve — Admissibilité — Preuve de faits similaires — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Admissibilité du témoignage selon lequel l'accusé a fait des avances sexuelles à la compagne de chambre de la plaignante — Dans l'hypothèse de l'inadmissibilité, l'art. 613(1)(b)(iii) du Code criminel s'applique-t-il de manière que la déclaration de culpabilité puisse être maintenue?

e

L'accusé a été inculpé de l'infraction d'agression sexuelle prévue par l'al. 246.1(1)(a) du *Code criminel*. Au procès, la plaignante a témoigné que l'accusé, qu'elle ne connaissait pas du tout, s'est fait admettre dans son appartement tôt un matin en se faisant passer pour un ami de sa compagne de chambre. Quand celle-ci lui a dit que, s'il ne partait pas, elle crierait, l'accusé lui a mis une main sur la bouche et de l'autre il l'a prise par les cheveux, l'a éloignée de la porte et l'a poussée par terre. Il lui a proféré des menaces, l'a frappée une fois pour assurer sa soumission, puis a perpétré contre elle une agression sexuelle. Terrifiée, la plaignante se tenait tranquille, craignant que, si elle résistait, l'accusé ne la blesse. Après un certain temps, l'accusé s'est rhabillé et est parti.

f

Dans son témoignage, la compagne de chambre a indiqué qu'elle est arrivée peu après l'incident, que la plaignante était toute bouleversée et qu'elle a remarqué une meurtrissure au-dessus de son œil. Elle a dit en outre avoir fait la connaissance de l'accusé le mois

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

store where she worked. She saw him twice in the subsequent days and, on the second occasion, they went to the apartment. The accused saw pictures of the complainant and indicated that he would be interested in meeting her. When he then told the roommate that he wished to sleep with her, she refused and asked him to leave. When he refused to do so, she left the apartment and he followed a few minutes later. As they walked towards the bus stop, the accused pinned her to the wall and told her that he could never love her, he could only hurt her.

In defence, the accused conceded identity and argued that the complainant had consented or, in the alternative, that he believed she had consented. He did not testify or call any witnesses. The basis of the accused's alternative argument was alleged inconsistencies in the complainant's testimony.

After hearing all the evidence the trial judge instructed the jury that before the accused could be found guilty of the offence of sexual assault they had to conclude that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that the accused engaged in intentional touching of a sexual nature without the complainant's consent. The jury found the defendant guilty as charged but the Court of Appeal allowed the accused's appeal and ordered a new trial. The Court found that the trial judge had failed to instruct the jury on an essential element of the offence—that the accused knew that the complainant was not consenting or was reckless as to whether she consented or not—and felt that it could not apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* in such a case. This appeal is to determine (1) whether the trial judge in a sexual assault case must always instruct the jurors that the Crown has to satisfy them beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she consented or not; and (2) whether the admission of the roommate's evidence that the accused had made a sexual proposition to her violated the "similar fact" evidence exclusionary rule.

Held: The appeal should be allowed.

(1) *The Trial Judge's Instruction*

There must be evidence that gives an air of reality to the accused's submission that he believed the complainant

précédent quand elle l'avait servi à l'épicerie de dépannage où elle travaillait. Dans les jours qui ont suivi elle l'a revu deux fois et, la seconde fois, ils sont allés à l'appartement. L'accusé y a remarqué des photos de la plaignante et s'est dit désireux de faire sa connaissance. Quand il a dit à la compagne de chambre qu'il voulait coucher avec elle, elle a refusé et lui a demandé de partir. Devant son refus, elle est sortie elle-même de l'appartement et l'accusé a suivi quelques minutes plus tard. Lorsqu'ils marchaient en direction de l'arrêt d'autobus, l'accusé a immobilisé la compagne de chambre contre un mur et lui a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal.

Pour sa défense, l'accusé a reconnu qu'il n'y avait aucune erreur d'identité et a fait valoir que la plaignante avait donné son consentement ou, subsidiairement, qu'il croyait qu'elle l'avait donné. Il n'a pas témoigné ni n'a cité de témoins. Le moyen subsidiaire de l'accusé reposait sur certaines contradictions qu'aurait présentées le témoignage de la plaignante.

Après avoir entendu toute la preuve, le juge du procès a dit au jury que, pour pouvoir déclarer l'accusé coupable de l'infraction d'agression sexuelle, il fallait conclure que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'était livré intentionnellement à des attouchements de caractère sexuel sans le consentement de la plaignante. Le jury a déclaré l'accusé coupable de l'infraction imputée, mais la Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que le juge du procès avait omis de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction—que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non—et elle a estimé qu'elle ne pouvait pas appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code criminel* dans un cas semblable. Le pourvoi vise à déterminer (1) si un juge qui instruit en première instance une affaire d'agression sexuelle doit toujours dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas, soit qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non; et (2) si l'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles constituait une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de «faits similaires».

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'exposé du juge du procès*

Il doit y avoir des éléments de preuve qui donnent une apparence de vraisemblance à la prétention de l'accusé

ant was consenting before the issue goes to the jury. In cases where there is nothing in the Crown's case to indicate that the accused honestly believed in the complainant's consent, the accused bears an evidentiary burden to introduce sufficient evidence if he wishes the issue to reach the jury. Where there is sufficient evidence, adduced by either the Crown or the defence, to put the issue before the jury, the Crown then bears the burden of persuading the jury beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she was consenting or not.

Section 244(4) of the *Code* is a legislative affirmation of the law previously enunciated as to the sufficiency of evidence required to raise the defence of mistaken belief in consent. It makes it clear that the trial judge should not in every case instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent. The trial judge should only give such an instruction when certain threshold requirements have been met: first, s. 244(4) requires the accused to allege an honest belief in consent; and second, the trial judge should only put the issue of honest belief to the jury if he is satisfied "that there is sufficient evidence and that if believed by the jury the evidence would constitute a defence". The section is not intended to impose the burden of proof of such defence on the accused but merely to affirm the preconditions that must be met before the trial judge is required to put the issue to the jury. Also, s. 244(4) still contemplates that an honest but unreasonable belief in consent will constitute a defence. Nevertheless, it directs the jury to consider the presence or absence of reasonable grounds as an important evidentiary factor in determining whether the accused had an honest belief in consent.

Applying the statutory test to the evidence in this case, the trial judge was right to charge the jury without reference to the defence of mistake of fact. There was not a sufficient factual basis in this case for the accused's allegation that he believed the complainant consented.

(2) *The Similar Fact Evidence*

Evidence of the accused's discreditable conduct on past occasions that tended to show his bad disposition is inadmissible unless it is so probative of an issue in the case as to outweigh the prejudice caused. The similar

qu'il croyait que la plaignante consentait avant de soumettre la question au jury. Dans les cas où le ministère public n'apporte aucun élément de preuve indiquant que l'accusé croyait sincèrement au consentement de la plaignante, une charge de présentation d'une preuve suffisante incombe à l'accusé s'il veut que le jury soit saisi de la question. Lorsqu'il y a une preuve suffisante, produite par le ministère public ou par la défense, pour que la question soit soumise au jury, il incombe alors au ministère public la charge de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non.

Le paragraphe 244(4) du *Code* constitue une expression législative des principes de droit déjà posés relativement au caractère suffisant de la preuve requise pour que puisse être soulevé le moyen de défense de croyance erronée au consentement. Il en ressort clairement que le juge du procès n'est pas obligé dans chaque cas de demander au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement. Le juge du procès ne doit donner une telle directive que dans la mesure où l'on satisfait à certaines exigences préliminaires: premièrement, le par. 244(4) exige que l'accusé allègue une croyance sincère au consentement et, deuxièmement, le juge du procès ne doit présenter au jury la question de la sincérité de cette croyance que 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». Cette disposition n'est pas destinée à imposer à l'accusé la charge de la preuve relativement à ce moyen de défense; elle énonce simplement les conditions à remplir pour que le juge du procès soit tenu de soumettre la question au jury. De plus, le par. 244(4) permet toujours qu'une croyance sincère mais déraisonnable au consentement constitue un moyen de défense. Il oblige néanmoins le jury à considérer la présence ou l'absence de motifs raisonnables comme un élément de preuve important à retenir en déterminant si l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement.

Si l'on applique à la preuve produite en l'espèce le critère établi par la loi, le juge du procès a eu raison de donner ses directives au jury sans mentionner le moyen de défense d'erreur de fait. Les faits dans la présente instance ne suffisent pas pour fonder l'allégation de l'accusé qu'il croyait que la plaignante avait consenti.

(2) *La preuve de faits similaires*

La preuve de toute conduite indigne antérieure de l'accusé tendant à démontrer ses mauvaises tendances est inadmissible, à moins qu'elle ne soit à ce point probante relativement à une question en litige qu'elle

fact evidence exclusionary rule can extend to acts other than criminal acts. In the present case, the admission of the roommate's evidence that the accused had made a sexual proposition to her did not violate the "similar fact" evidence exclusionary rule. The probative value of the evidence outweighed its prejudicial value. The bulk of the roommate's testimony was highly relevant to the case. It provided, among other things, the background for the circumstances in which the assault occurred. It was also arguable that it had some relevance to the question of motive and intent. The evidence was thus of some probative value. While there was some element in the accused's conduct with the roommate which could be characterized as discreditable, the prejudice caused to the accused by the roommate's evidence was minimal because, when the roommate indicated that she was not interested in sleeping with him, the accused did not force himself upon her but desisted. In any event, even if the evidence should not have been admitted, the conviction should stand by virtue of the proviso of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. Given the persuasive nature of the evidence, the jury's verdict would necessarily have been the same even if the alleged error of law had not occurred.

Cases Cited

Considered: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; **referred to:** *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462; *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1; *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 244 [rep. & subs. 1974-75-76, c. 93, s. 21; rep. & subs. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 246.1(1)(a) [en. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 613(1)(b)(iii).

Authors Cited

Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
Cross, Sir Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 6th ed. London: Butterworths, 1985.

l'emporte sur le préjudice causé. La règle d'exclusion relative à la preuve de faits similaires peut s'appliquer à des actes autres que ceux de caractère criminel. En l'espèce, l'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles ne constitue pas une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de «faits similaires». La valeur probante de cette preuve est plus grande que son effet préjudiciable. La majeure partie du témoignage de la compagne de chambre revêt une grande pertinence en l'espèce. Il fournit notamment le contexte dans lequel l'agression a eu lieu. De plus, on pourrait prétendre que cette preuve se rapporte dans une certaine mesure à la question du mobile et de l'intention. Il s'agit donc d'une preuve qui a une certaine valeur probante. Quoique sous certains aspects la conduite de l'accusé envers la compagne de chambre puisse être qualifiée d'indigne, le préjudice causé à l'accusé par le témoignage de la compagne de chambre est minime parce que, quand elle lui a fait savoir qu'elle ne voulait pas coucher avec lui, l'accusé ne l'a pas contrainte et n'a pas insisté. En tout état de cause, même si la preuve n'aurait pas dû être admise, la déclaration de culpabilité devrait être maintenue en vertu de la disposition réparatrice du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code*. Étant donné le caractère convaincant de la preuve produite, le verdict du jury aurait nécessairement été le même, même si l'erreur de droit reprochée n'avait pas été commise.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; **arrêts mentionnés:** *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462; *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1; *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359; *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132; *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 244 [abr. & rempl. 1974-75-76, chap. 93, art. 21; abr. & rempl. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 246.1(1)a) [aj. 1980-81-82-83, chap. 125, art. 19], 613(1)b)(iii).

Doctrine citée

Boyle, Christine. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.
Cross, Sir Rupert and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 6th ed. London: Butterworths, 1985.

Hoffmann, L. H. "Similar Facts After *Boardman*" (1975), 91 *L.Q.R.* 193.

Parker, Graham. "The "New" Sexual Offences" (1983), 31 C.R. (3d) 317.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered March 3, 1986, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

James K. Stewart and Sarah Welch, for the appellant.

Morris Manning, Q.C., and *Paul B. Schabas*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The accused was charged with the offence of sexual assault under s. 246.1(1)(a) of the *Criminal Code*. The main issue is whether a trial judge in a sexual assault case must always instruct the jury that the Crown has to satisfy them beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she consented or not.

1. The Facts

The complainant was nineteen years old and had completed her high school education in a small Ontario town. Some three months before the incident she had moved to Toronto. She was living with a girlfriend, Eileen, also nineteen years old, in a flat in a house. The complainant usually worked a day shift from 10:00 a.m. to 5:00 p.m. as a waitress in a restaurant. The roommate worked the night shift from 11:00 p.m. to 7:00 a.m. at a nearby convenience store.

In late November, 1983, the roommate met the accused, whose first name is Jim, when she served him as a customer at the convenience store. On a

Hoffmann, L. H. «Similar Facts After *Boardman*» (1975), 91 *L.Q.R.* 193.

Parker, Graham. «The «New» Sexual Offences» (1983), 31 C.R. (3d) 317.

Watt, David. *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127*. Toronto: Butterworths, 1984.

Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons Ltd., 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 3 mars 1986, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre le verdict de culpabilité prononcé contre lui relativement à une accusation d'agression sexuelle et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

James K. Stewart et Sarah Welch, pour l'appelante.

Morris Manning, c.r., et *Paul B. Schabas*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE WILSON—L'accusé a été inculpé de l'infraction d'agression sexuelle prévue par l'al. 246.1(1)a) du *Code criminel*. La question principale est de savoir si un juge du procès dans une affaire d'agression sexuelle doit toujours dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non.

1. Les faits

La plaignante avait dix-neuf ans et venait de terminer ses études secondaires dans une petite ville de l'Ontario. Environ trois mois avant l'incident en cause elle avait déménagé à Toronto. Elle y habitait avec une amie, Eileen, également âgée de 19 ans, dans un appartement aménagé dans une maison privée. La plaignante était serveuse dans un restaurant et travaillait habituellement de 10 h à 17 h. Sa compagne de chambre travaillait de 23 h à 7 h dans une épicerie de dépannage du quartier.

Vers la fin de novembre 1983, la compagne de chambre a fait la connaissance de l'accusé, qui se prénomme Jim, quand elle l'a servi à l'épicerie de

subsequent night the accused spent six hours at the convenience store conversing with the roommate. During their conversation the roommate spoke about the complainant and mentioned that they rarely saw each other because of their different work shifts.

On December 3, 1983, a man who gave his name as Jim telephoned the apartment where the two young women lived. (At the time of his arrest on December 8, 1983, the accused had a book with the phone number written in it.) The complainant answered the phone. The man asked for the roommate but was told that she was at work. The caller asked if he could come over anyway. The complainant did not know the telephone caller and said no. She told the caller that her boyfriend Doug was coming over shortly. The man said, "If I can't have you, I'll go and get Eileen."

On a subsequent occasion the accused, uninvited, met the roommate as she was warming up her car after getting off work in the morning. He indicated that he wanted to talk. After some discussion they decided to go back to the roommate's apartment. The complainant was not at home. In the living-room the accused saw pictures of the complainant and indicated that he would be interested in meeting her. The accused and the roommate had a lengthy conversation. The accused asked the roommate if he could sleep with her. She refused. He briefly put his arms around her. She asked him repeatedly to leave. He refused. She left the apartment and went out onto the front porch. After a few minutes he came out. The accused decided to take the bus home. The roommate was walking with the accused towards the bus stop when he pinned her up against a wall and stated that he could never love her, he could only hurt her. He told her to take him home by car which she did.

On December 6, 1983, the accused telephoned the roommate Eileen at the apartment. She told the accused that both she and the complainant were going to work that night. The roommate left for work at 10:30 p.m. The complainant worked

dépannage. Une autre nuit l'accusé a passé six heures au magasin à bavarder avec la compagne de chambre. Au cours de leur conversation, cette dernière a parlé de la plaignante et a mentionné qu'elles se voyaient rarement à cause de leurs heures de travail différentes.

Le 3 décembre 1983, un homme, qui disait s'appeler Jim, a téléphoné à l'appartement où demeuraient les deux jeunes femmes. (Au moment de son arrestation le 8 décembre 1983, l'accusé avait un carnet sur lequel était inscrit le numéro de téléphone.) C'est la plaignante qui a répondu. L'homme a demandé la compagne de chambre, mais s'est fait dire qu'elle était au travail. Il a ensuite demandé s'il pouvait tout de même aller faire un tour chez elles. Comme la plaignante ne connaissait pas son interlocuteur, elle a dit non, que son ami Doug devait arriver sous peu. L'homme a répondu: [TRADUCTION] «Si je ne peux pas t'avoir, j'irai chercher Eileen.»

À une autre occasion, l'accusé, sans avoir été invité, a rencontré la compagne de chambre alors qu'elle faisait chauffer sa voiture le matin au sortir du travail. Il a manifesté le désir de lui parler. Après discussion, ils ont décidé de se rendre à l'appartement des deux jeunes femmes. La plaignante n'était pas là. Au salon, l'accusé a remarqué des photos de la plaignante et s'est dit désireux de faire sa connaissance. L'accusé et la compagne de chambre ont eu une longue conversation. L'accusé lui a demandé s'il pouvait coucher avec elle. Elle a refusé. Il l'a rapidement enlacée. Elle lui a demandé à plusieurs reprises de partir. Il a refusé. Elle a quitté l'appartement et est allée sur le perron. Au bout de quelques minutes, l'accusé est sorti, ayant décidé de rentrer chez lui en autobus. La compagne de chambre marchait avec l'accusé vers l'arrêt d'autobus quand celui-ci l'a immobilisée contre un mur et lui a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal. Puis il lui a intimé l'ordre de le conduire chez lui en voiture, ce qu'elle a fait.

Le 6 décembre 1983, l'accusé a téléphoné à la compagne de chambre Eileen, à l'appartement. Elle lui a dit que la plaignante et elle-même travaillaient toutes les deux cette nuit-là. La compagne de chambre est partie travailler à 22 h 30. La

from 5:00 p.m. until 12:00 p.m. This was not her usual shift. The complainant returned home from work at 12:30 a.m. and went to sleep in her bedroom.

The complainant testified that at about 4:30 a.m. she was awakened by knocking at the apartment door. She was not expecting anybody. She got up. She was wearing a blue night-gown and underpants. She went to the front door. This door, which opened into the living-room, was locked.

The complainant asked who was there and the accused replied that it was Bruce. He said that he was a friend of Eileen's and that he had something for her from Eileen. (Eileen had not seen the accused that night, nor had she sent him over.) The complainant asked repeatedly what he had but he would not say. He said the complainant should let him in and he would give it to her. The complainant tried three or four times to telephone Eileen at work to find out if she had sent somebody over. The line was always busy. (Eileen was involved in a lengthy conversation with her boyfriend.) The complainant thought her roommate could be playing a joke on her although she had never done anything like that before. She unlocked and opened the door. The accused entered the living-room. The complainant had never seen him before. He appeared to have been drinking. She asked the accused who he was and what he had for her but got no response. She asked "Who are you, Bruce?" The accused replied "Bruce, the bad guy." The accused did not interfere when the complainant attempted, again unsuccessfully, to telephone her roommate. The accused used the telephone himself. While the complainant could not recall the substance of the accused's telephone conversation she had the impression he was talking to his brother. He said something about meeting his lawyer the next morning. At the end he said "Tell your wife I love her."

The complainant went to the door and told the accused to leave. Instead of making any move to

plaignante travaillait de 17 h à minuit, ce qui n'était pas son poste habituel. Elle est rentrée chez elle à minuit et demi et est allée se coucher dans sa chambre.

^a Selon le témoignage de la plaignante, elle a été réveillée vers 4 h 30 par quelqu'un qui frappait à la porte de l'appartement. Elle n'attendait personne. Elle s'est levée. Vêtue d'une chemise de nuit bleue et d'une culotte, elle est allée à la porte. La porte, qui s'ouvrait dans la salle de séjour, était fermée à clé.

La plaignante a demandé qui était là et l'accusé ^c a répondu que c'était Bruce. Il a dit qu'il était un ami d'Eileen et qu'il avait quelque chose à remettre à la plaignante de la part d'Eileen. (Or, Eileen n'avait pas vu l'accusé cette nuit-là ni ne l'avait envoyé à l'appartement.) La plaignante lui a ^d demandé plusieurs fois ce qu'il avait à lui donner, mais il n'a pas voulu préciser. Il a dit que la plaignante devait le laisser entrer et qu'il le lui remettrait à ce moment-là. La plaignante a essayé à trois ou quatre reprises de téléphoner à Eileen au ^e travail pour savoir si elle avait envoyé quelqu'un. La ligne était toujours occupée. (Eileen était en longue conversation avec son ami.) La plaignante a cru que sa compagne de chambre lui jouait ^f peut-être un tour, bien qu'elle ne lui eût jamais fait rien de semblable auparavant. Elle a ouvert la porte et l'accusé est entré dans le salon. C'était la première fois que la plaignante le voyait. Il paraissait avoir bu. Elle lui a demandé qui il était et ce ^g qu'il avait pour elle, mais il n'a pas répondu. Elle a demandé: [TRADUCTION] «Qui es-tu, Bruce?» L'accusé a répondu: [TRADUCTION] «Bruce le méchant.» L'accusé n'est pas intervenu quand la ^h plaignante a tenté, encore une fois sans succès, de rejoindre sa compagne de chambre au téléphone. L'accusé s'est lui-même servi du téléphone. Quoique la plaignante n'ait pas pu se rappeler la substance de la conversation téléphonique de l'accusé, ⁱ elle avait l'impression qu'il parlait avec son frère. L'accusé a mentionné un rendez-vous avec son avocat le lendemain matin. À la fin de la conversation il a dit: [TRADUCTION] «Dis à ta femme que je l'aime».

^j La plaignante s'est dirigée jusqu'à la porte et a dit à l'accusé de partir. Au lieu de s'en aller, il lui

leave he asked if he could sleep with her. At this point the complainant became afraid. She told the accused that if he did not leave she was going to scream whereupon the accused put one hand over her mouth and with the other hand took hold of her hair and pulled her away from the door. He put her on her back on the floor and lay down on top of her. The complainant tried to push the accused off. He told her the more she fought the harder it was going to be for Eileen to find her, that she would never look the same again. The complainant was terrified and lay still.

The accused sat on the victim's chest with his knees spread across her arms so that she could not move. She begged him not to go on with what he was doing and to leave her alone. The accused reached behind himself and pushed the complainant's underpants down, ripping them in the process. He put his finger into her vagina. The complainant was crying. She felt helpless. In cross-examination she testified that perhaps she should have struggled harder but she was frightened, shaking and confused. She was afraid that if she struggled the accused would hurt her.

The accused lay down on the victim and tried to kiss her. She attempted to turn away but he held the back of her head by the hair so that she could not move. She tried to bite his lips. The accused tore her night-dress and pushed it off her. He then began to take his clothes off. The complainant pleaded with him not to do it. The complainant was going to scream. The accused stuffed a piece of clothing in her mouth to stifle the scream. The accused struck her with his hand across the eyebrow. He told her that if she tried to scream, he was going to see to it that she never talked again. She lay motionless while the accused finished undressing himself.

The accused straddled the victim's chest and put his penis in her mouth. His penis was not in her mouth very long and he did not ejaculate. He lay down on top of her again. The complainant had crossed her legs. The accused shoved his knee between her legs forcing them apart. He put his penis into her vagina. The complainant could not be sure whether the accused ejaculated during intercourse or not (subsequent forensic testing

a demandé à coucher avec lui. À ce moment-là elle a eu peur. Elle a dit à l'accusé que s'il ne partait pas elle allait crier, sur quoi l'accusé lui a mis une main sur la bouche et de l'autre main il l'a prise aux cheveux et l'a écartée de la porte. Il l'a étendue par terre sur le dos et s'est allongé sur elle. La plaignante a essayé de repousser l'accusé. Il lui a dit que plus elle se débattait plus Eileen aurait de la difficulté à la trouver, qu'elle n'aurait plus la même apparence. Terrorisée, la plaignante se tint tranquille.

L'accusé s'est assis sur la poitrine de la victime, les genoux écartés sur ses bras de manière à l'immobiliser. Elle l'a supplié d'arrêter et de la laisser en paix. L'accusé a étendu le bras derrière lui et a baissé la culotte de la plaignante, la déchirant en même temps. Puis il a introduit son doigt dans son vagin. La plaignante pleurait. Elle se sentait impuissante. Au cours de son contre-interrogatoire, elle a témoigné qu'elle aurait peut-être dû lutter davantage, mais qu'elle avait peur, qu'elle tremblait et qu'elle était en désarroi. Elle craignait que, si elle résistait, l'accusé ne la blesse.

L'accusé s'est allongé sur la victime et a essayé de l'embrasser. Elle a tenté de se détourner, mais il tenait le derrière de sa tête par les cheveux de sorte qu'elle ne pouvait pas bouger. Elle a essayé de lui mordre les lèvres. L'accusé a déchiré sa chemise de nuit et la lui a enlevée. Il a commencé ensuite à se déshabiller lui-même. La plaignante l'a prié de ne pas le faire. Comme la plaignante allait crier, l'accusé lui a fourré un vêtement dans la bouche afin d'étouffer le cri. L'accusé l'a frappée sur le sourcil. Il lui a dit que si elle essayait de crier, il verrait à ce qu'elle ne parle plus jamais. Elle est restée immobile pendant que l'accusé achevait de se dévêtir.

L'accusé s'est mis à cheval sur la poitrine de la victime et a introduit son pénis dans sa bouche. Il ne l'y a pas gardé très longtemps et il n'a pas éjaculé. Il s'est allongé sur elle de nouveau. La plaignante s'était croisée les jambes. Se servant de son genou, l'accusé a écarté de force les jambes de la plaignante. Puis il a introduit son pénis dans son vagin. La plaignante n'était pas certaine que l'accusé avait éjaculé pendant les rapports sexuels (des

uncovered no semen or sperm in swabs taken from the victim). The accused stopped after a while and got dressed. As he was getting dressed, he turned to the complainant and said "You're just like her. You're just like all the rest." The complainant asked him what he meant by that. He said "You're my sixth." He brought the complainant with him to the kitchen. He had a glass of water and drank from a coke bottle.

The complainant told the accused that her roommate would be home soon. The accused told the complainant to phone the roommate at work and ask what time she was coming home from work. The accused was standing behind the complainant with his hand on her neck during the phone call. The complainant asked her roommate when she would be home. The roommate said she would be home at the usual time. The roommate testified that the complainant sounded anxious.

The accused persisted in asking the complainant if he could return the next night and she finally agreed in order to get him out of the apartment. The accused asked where Eileen or Doug would be if he came. The reference to Doug, whom the complainant had not referred to at any time during the incident, made the complainant remember the call of December 3, 1983 from the man who had identified himself as Jim. She asked the accused if he was Jim but he said nothing. The accused left at 5:15 or 5:30 a.m. After dressing the complainant telephoned her roommate once again. The roommate testified that the complainant sounded frightened.

The complainant went to her room and curled up on her bed. When the roommate got home at 6:45 a.m. she found the complainant terribly upset. She noticed a bruise on the complainant's eye. When the police constable arrived at 8:16 a.m. he also noted that the complainant seemed upset and a little incoherent. The complainant gave the policeman her torn nightgown and underwear. She

tests pratiqués par la suite sur des prélèvements provenant de la victime n'ont révélé aucune présence de sperme). Après un certain temps, l'accusé a arrêté et s'est rhabillé. En ce faisant, il s'est tourné vers la plaignante et a dit: [TRADUCTION] «T'es exactement comme elle. T'es comme toutes les autres.» La plaignante lui a demandé ce qu'il voulait dire par là. Il a répondu: [TRADUCTION] «T'es ma sixième.» Il a emmené la plaignante avec lui dans la cuisine. Il a pris un verre d'eau et a bu du coke à la bouteille.

La plaignante a dit à l'accusé que sa compagne de chambre reviendrait bientôt. L'accusé lui a ordonné de téléphoner à la compagne de chambre au travail et de lui demander à quelle heure elle serait de retour. Pendant qu'elle faisait l'appel téléphonique, l'accusé se tenait derrière la plaignante, la main sur son cou. La plaignante a demandé à sa compagne de chambre à quelle heure elle rentrait. La compagne de chambre a dit qu'elle serait là à l'heure habituelle. Selon le témoignage de la compagne de chambre, la plaignante avait l'air inquiète.

L'accusé a persisté à demander à la plaignante s'il pouvait revenir la nuit prochaine, ce à quoi elle a finalement consenti pour qu'il parte. L'accusé a demandé où se trouveraient Doug ou Eileen s'il venait. La mention de Doug, dont la plaignante n'avait pas parlé au cours de l'incident, lui a remis en mémoire l'appel qu'elle avait reçu le 3 décembre 1983 d'un homme qui disait s'appeler Jim. Elle a demandé à l'accusé s'il se nommait Jim, mais il n'a rien répondu. L'accusé est parti vers 5 h 15 ou 5 h 30. Après s'être habillée, la plaignante a téléphoné de nouveau à sa compagne de chambre. Celle-ci a témoigné que la plaignante lui paraissait effrayée.

La plaignante est allée dans sa chambre et s'est blottie sur son lit. Quand sa compagne de chambre est arrivée à 6 h 45, elle a constaté que la plaignante était toute bouleversée. Elle a remarqué une meurtrissure au-dessus de l'œil de la plaignante. Quand l'agent de police est arrivé sur les lieux à 8 h 16, il s'est aperçu lui aussi que la plaignante semblait agitée et qu'elle s'exprimait d'une façon un peu incohérente. La plaignante a remis au policier sa chemise de nuit et sa culotte

showed him the coke bottle, glass and telephone (for the purpose of fingerprinting).

Doctor Lloyd Gordon examined the complainant at the emergency department of the Wellesley Hospital on December 7, 1983 at 11:15 a.m. He found a red mark over her left eyebrow. It was a mild abrasion such as might be caused by a moderate slap. The complainant also spoke of tenderness in the tailbone. Doctor Gordon noted, upon a vaginal examination of the complainant, that her cervix was slightly red. This was consistent with forced sexual intercourse. In cross-examination he testified that it was also consistent with energetic sexual intercourse.

2. The Trial

At trial the accused conceded identity. However, he argued that the complainant had consented or, in the alternative, that he believed she had consented. The accused did not testify nor did he call any witnesses.

The basis of the accused's argument that the complainant had consented or that he thought she had consented was alleged inconsistencies in the complainant's testimony. He identified as an inconsistency the complainant's testimony at the preliminary hearing that the accused had held her hair during the entire incident. At trial, on the other hand, she admitted that he had reduced his hold on her hair at various points. Defence counsel contended that there were three variations as to how the apartment door was closed, i.e., whether the accused sort of kicked it shut, whether he tapped it closed or whether it closed by itself. The complainant did not mention the accused's comments that she was like all the rest and that she was his sixth to the police or at the preliminary hearing. She recalled the comment some six months later. Defence counsel also pointed to the fact that the complainant did not scream, that there was a lack of injury to the genital area except for the redness of the cervix (which could be explained by a number of things) and the lack

déchirées. Elle lui a montré la bouteille à coke, le verre et le téléphone (pour qu'il puisse relever les empreintes digitales).

a Le docteur Lloyd Gordon a examiné la plaignante au service des urgences de l'hôpital Wellesley le 7 décembre 1983 à 11 h 15. Il a découvert une tache rouge au-dessus de son sourcil gauche. Il s'agissait d'une abrasion mineure du genre que b pourrait occasionner une gifle moyennement violente. La plaignante a parlé en outre de sensibilité dans la région du coccyx. Un examen vaginal de la plaignante a permis au D^r Gordon de constater une légère rougeur du col de l'utérus. Cela pouvait c s'expliquer par des rapports sexuels forcés. Au cours de son contre-interrogatoire, il a témoigné que cela pouvait aussi s'expliquer par des rapports sexuels énergiques.

d 2. Le procès

Au procès, l'accusé a reconnu qu'il n'y avait aucune erreur d'identité. Il a toutefois fait valoir que la plaignante avait donné son consentement e ou, subsidiairement, qu'il croyait qu'elle l'avait donné. L'accusé n'a pas témoigné ni n'a cité de témoins.

f L'argument de l'accusé que la plaignante avait consenti ou qu'il croyait qu'elle l'avait fait, reposait sur certaines contradictions qu'aurait présentées le témoignage de la plaignante. Une contradiction relevée a été le fait qu'à l'enquête g préliminaire la plaignante a témoigné que l'accusé l'avait tenue par les cheveux pendant toute la durée de l'incident. Au procès, par contre, elle a reconnu qu'il y avait des moments où il a relâché sa prise sur ses cheveux. L'avocat de la défense a h soutenu qu'il y avait trois versions de la manière dont la porte de l'appartement a été fermée, de sorte qu'on ignore si l'accusé l'a fermé d'un coup de pied, s'il l'a poussée, ou si elle s'est fermée d'elle-même. La plaignante n'a pas mentionné à la i police les observations de l'accusé qu'elle était comme toutes les autres et qu'elle était sa sixième et elle n'en a pas parlé non plus à l'enquête préliminaire. C'est environ six mois plus tard qu'elle j s'en est souvenue. L'avocat de la défense a souligné en outre que la plaignante n'avait pas crié, que, mise à part la rougeur du col de l'utérus (ce qui

of apparent injuries to the complainant other than an abrasion above the left eyebrow and a sore tailbone.

After hearing all the evidence the trial judge instructed the jury that before the accused could be found guilty of the offence of sexual assault they must conclude that the Crown had proved beyond a reasonable doubt that the accused engaged in intentional touching of a sexual nature without the consent of the complainant. The jury found the defendant guilty as charged.

3. The Court of Appeal

An appeal to the Ontario Court of Appeal was successful and a new trial was ordered. The Court of Appeal found that the trial judge had failed to instruct the jury on an essential element of the offence, namely that the accused knew that the complainant was not consenting or was reckless as to whether she consented or not. This failure was compounded by the judge's direction to the jury on intent—"the only intent, the only mental element you need consider is the accused's intention to touch the complainant." Although the members of the Court of Appeal indicated that they had little doubt as to what the answer would have been had the proper instruction been given to the jury, they felt that they could not apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code* where there was a failure to instruct the jury on an essential element of the offence.

4. The Legislation

This accused was charged under the new sexual assault provisions of the *Criminal Code*. Several sections are relevant. The offence is set out in s. 246.1(1)(a) which provides:

246.1 (1) Every one who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years;

pouvait s'expliquer de plusieurs façons), il n'y avait aucune lésion des parties génitales et que la plaignante n'avait subi aucune blessure apparente, si ce n'était l'abrasion au-dessus du sourcil gauche et le coccyx endolori.

Après avoir entendu toute la preuve, le juge du procès a dit au jury que, pour pouvoir déclarer l'accusé coupable de l'infraction d'agression sexuelle, il lui fallait conclure que le ministère public avait prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé s'était livré intentionnellement à des attouchements de caractère sexuel sans le consentement de la plaignante. Le jury a trouvé l'accusé coupable de l'infraction imputée.

3. La Cour d'appel

La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Elle a conclu que le juge du procès avait omis de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction, c'est-à-dire que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non. Cette omission a été aggravée par ce que le juge a dit au jury concernant l'intention: [TRADUCTION] «la seule intention, le seul élément moral dont vous avez à tenir compte est l'intention de l'accusé de toucher la plaignante». Bien que les membres de la Cour d'appel aient dit n'avoir que peu de doute quant au verdict qui aurait été rendu si des directives appropriées avaient été données au jury, ils se croyaient dans l'impossibilité d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii) du *Code* vu l'omission de donner au jury des directives sur un élément essentiel de l'infraction.

4. Les textes législatifs

L'accusé en l'espèce a été inculpé en vertu des nouvelles dispositions du *Code criminel* en matière d'agression sexuelle. Plusieurs dispositions entrent en jeu. L'infraction en question est énoncée à l'al. 246.1(1)(a), dont voici le texte:

246.1 (1) Quiconque commet une agression sexuelle est coupable

a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans;

The definition of assault is found in s. 244(1) of the *Code*:

244. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

This definition applies in respect of s. 246.1(1)(a) by virtue of s. 244(2):

244. ...

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault ...

An element of assault is the absence of the complainant's consent. Section 244(3) provides:

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

Section 244(4), which applies to both assault and sexual assault, provides:

(4) Where an accused alleges that he believed 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.

5. The Issues

(a) Should the trial judge, in every sexual assault case, instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent?

(b) Did the admission of the roommate's evidence that the accused had made a sexual proposition to her violate the "similar fact" evidence exclusionary rule?

La définition de voies de fait se trouve au par. 244(1) du *Code*:

244. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

Suivant le par. 244(2), cette définition s'applique à l'al. 246.1(1)a):

244. ...

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles ...

L'absence du consentement du plaignant constitue un élément des voies de fait. Le paragraphe 244(3) porte:

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

a) de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

Le paragraphe 244(4), qui s'applique et aux voies de fait et à l'agression sexuelle, est ainsi conçu:

(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.

5. Les questions en litige

a) Le juge du procès doit-il dans chaque affaire d'agression sexuelle dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement?

b) L'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles constituait-elle une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de «faits similaires»?

6. When should the trial judge instruct the jury to consider whether the accused had an honest though mistaken belief in consent?

Counsel for the accused argues that the accused's knowledge that the complainant is not consenting is an essential element of the offence. Therefore, the trial judge must in every case tell the jury that the Crown must satisfy them beyond a reasonable doubt that the accused knew that the complainant was not consenting or was reckless as to whether she was consenting or not before they can convict. The accused need not introduce any evidence on this issue. Counsel for the defence submits in addition that s. 244(4) codifies the defence of mistake of fact. Under this defence sufficient evidence must be introduced before the trial judge can instruct the jury to consider whether the accused had an honest but mistaken belief that the complainant was consenting when determining his guilt or innocence. In other words, according to defence counsel, the issue of the accused's alleged honest but mistaken belief may come before the jury in two ways—as an element of the offence or as a defence. It is self-evident that if the accused's counsel is correct, s. 244(4) is rendered redundant. If the issue of honest but mistaken belief is always going to reach the jury as an element of the offence, what does it matter if sometimes it will also reach the jury as a defence? The accused's counsel argues that his position is mandated by previous decisions of this Court.

The previous decisions of this Court, in particular *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, and *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, establish several propositions. First, the *mens rea* for rape includes knowledge that the woman is not consenting or recklessness as to whether she is consenting or not. Dickson J. (as he then was) stated in *Pappajohn*, *supra*, at pp. 139-40:

The *mens rea* which is required, and its nature and extent, will vary with the particular crime; it can only be

6. Quand le juge du procès doit-il dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement?

a L'avocat de l'accusé prétend que la connaissance qu'a l'accusé de l'absence de consentement de la plaignante représente un élément essentiel de l'infraction. Partant, dans chaque cas, le juge du procès doit dire au jury qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable soit que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas, soit qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non, à défaut de quoi un verdict de culpabilité ne peut pas être rendu. L'accusé n'est pas obligé de produire des preuves sur cette question. L'avocat de la défense soutient en outre que le par. 244(4) codifie dans la loi le moyen de défense d'erreur de fait. Lorsqu'on invoque ce moyen de défense, il faut présenter une preuve suffisante, sinon le juge du procès ne saurait dire au jury d'examiner, dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence, si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, que la plaignante consentait. En d'autres termes, selon l'avocat de la défense, la question de la croyance sincère mais erronée de l'accusé peut être soumise au jury de deux façons, soit en tant qu'élément de l'infraction, soit en tant que moyen de défense. Il va de soi que, si l'avocat de l'accusé a raison, le par. 244(4) devient superflu. Si la question de la croyance sincère mais erronée doit toujours être présentée au jury à titre d'élément de l'infraction, qu'importe-t-il si parfois cette question lui est également soumise à titre de moyen de défense? L'avocat de l'accusé prétend que son argument est fondé sur certains arrêts de cette Cour.

h La jurisprudence antérieure de cette Cour, en particulier les arrêts *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, et *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, établissent plusieurs principes. Tout d'abord, la *mens rea* en matière de viol comporte comme élément la connaissance que la femme ne consent pas ou l'insouciance quant à savoir si elle consent ou non. Le juge Dickson (alors juge puîné) a affirmé dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, aux pp. 139 et 140:

La nature et l'étendue de la *mens rea* varient selon le crime; seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de

determined by detailed examination of the *actus reus* of the offence. Speaking generally, at least where the circumstance is not "morally indifferent", the mental element must be proved with respect to all circumstances and consequences that form part of the *actus reus*. It follows that, in a case of alleged rape, where a fact or circumstance is not known to, or is misapprehended by, the accused, leading to a mistaken but honest belief in the consent of the woman, his act is not culpable in relation to that element of the offence:

... for if the *actus reus* includes surrounding circumstances, it cannot be said to be intentional unless *all its elements*, including those circumstances, are known. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, at p. 141). (Emphasis added.)

Taking these principles, then, what is the mental element required under s. 143 of the *Criminal Code* on a charge of rape? This crime was historically regarded as an offence of physical violence. Blackstone defined rape as "the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will" (*Commentaries, supra*, at p. 210). A more comprehensive definition of rape at common law is found in Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38th ed.) (1937), at para. 2871:

Rape consists in having unlawful sexual intercourse with a woman without her consent by force, fear or fraud (citing 1 *East's Pleas of the Crown* 434 and 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

Section 143 of our *Code*, in brief, defines rape as an act of sexual intercourse with a female person without her consent, or with consent if that consent is extorted by threats or fear of bodily harm. It will be seen that the statutory definition does not depart in any significant way from the common law definition. For all practical purposes, the *Criminal Code* merely codifies the common law. The essence of the crime consists in the commission of an act of sexual intercourse where a woman's consent, or genuine consent, has been withheld.

The *actus reus* of rape is complete upon (a) an act of sexual intercourse; (b) without consent. An affirmative finding as to each of these elements does not finish the inquiry, however, for, as I have indicated, the requirement that there be a guilty intention must also be satisfied. The important question then arises as to whether at common law, and under s. 143 of the *Code*, the guilty intention for rape extends to the element of consent. In principle, it would seem that it should, as intention as to consent is central to responsibility; a man

l'infraction permet de la déterminer. De façon générale, du moins lorsque la situation n'est pas «moralelement indifférente», il faut faire la preuve de l'élément mental à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus*. Il en découle que, dans le cas d'une accusation de viol, lorsqu'un fait ou une circonstance est inconnu de l'accusé ou mal perçu par lui, ce qui l'amène à croire erronément mais sincèrement au consentement de la femme, son acte n'est pas coupable à l'égard de cet élément de l'infraction:

[TRADUCTION] ... car si l'*actus reus* comprend toutes les circonstances de l'affaire, il ne peut être qualifié d'intentionnel à moins que *tous ses éléments*, y compris ces circonstances, soient connus. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, à la p. 141). (J'ai mis des mots en italique.)

Partant de ces principes, quel élément mental l'art. 143 du *Code criminel* exige-t-il sur une accusation de viol? Historiquement, on considère ce crime comme une infraction de violence physique. Blackstone a défini le viol comme [TRADUCTION] «l'union charnelle avec une femme par la force et contre sa volonté» (*Commentaries, précité*, à la p. 210). Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38^e éd.) (1937), au par. 2871, donne une définition plus complète du viol en *common law*:

[TRADUCTION] Le viol consiste à avoir des rapports sexuels illégaux avec une femme sans son consentement par la force, la crainte ou la fraude (citant 1 *East's Pleas of the Crown* 434 et 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

En bref, l'article 143 de notre *Code* définit le viol comme le fait d'avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin sans son consentement ou avec son consentement si celui-ci est arraché par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles. On voit que la définition légale ne diffère pas de façon importante de la définition de *common law*. À toutes fins pratiques, le *Code criminel* ne fait que codifier la *common law*. Le crime consiste essentiellement à avoir des rapports sexuels quand la femme ne donne pas son consentement, ou un consentement véritable.

L'*actus reus* du viol est complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels; b) sans consentement. Conclure à la présence de chacun de ces éléments ne met cependant pas fin à l'enquête, parce que, comme je l'ai dit, il faut aussi qu'il y ait une intention coupable. La question importante qui se pose alors est celle de savoir si, en *common law* et selon l'art. 143 du *Code*, l'intention coupable dans le cas du viol s'étend au consentement. En principe, il semble que ce devrait être le cas, parce que l'intention relative au consentement est essentielle à la

should only be punished where he proceeds with an act of violation in the knowledge that consent is withheld, or in a state of recklessness as to whether willingness is present. The intention to commit the act of intercourse, and to commit that act in the absence of consent, are two separate and distinct elements of the offence.

McIntyre J. confirmed this view in *Sansregret*, *supra*, at p. 581:

I would conclude then that the *mens rea* for rape under s. 143(a) of the *Code* must involve knowledge that the woman is not consenting, or recklessness as to whether she is consenting or not, and for s. 143(b)(i), knowledge that the consent was given because of threats or fear of bodily harm, or recklessness as to its nature. It would follow, as has been held by the majority of this Court in *Pappajohn*, that an honest belief on the part of the accused, even though unreasonably held, that the woman was consenting to intercourse freely and voluntarily and not because of threats, would negate the *mens rea* under s. 143(b)(i) of the *Code* and entitle the accused to an acquittal.

Traditionally the Court has described this *mens rea* requirement as a defence of mistake of fact available to the accused. This is how McIntyre J., speaking for the majority, described it in *Pappajohn*, *supra*. Dickson J. felt that it was clearer and more accurate to describe knowledge of lack of consent as part of the *mens rea*. He stated in *Pappajohn* at p. 148:

Mistake is a defence, then, where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence.

McIntyre J. confirmed this reasoning in *Sansregret*, *supra*, at p. 580:

The defence of mistake of fact has been said to rest on the proposition that the mistaken belief, honestly held, deprives the accused of the requisite *mens rea* for the offence.

responsabilité; un homme ne doit être puni que lorsqu'il commet un viol sachant qu'il n'y a pas consentement, ou sans se soucier de savoir s'il y a consentement. L'intention d'avoir des rapports sexuels et celle de commettre cet acte en l'absence de consentement sont deux éléments séparés et distincts de l'infraction.

Le juge McIntyre a confirmé ce point de vue dans l'arrêt *Sansregret*, précité, à la p. 581:

Je suis d'avis de conclure alors que la *mens rea* requise dans le cas d'un viol, en vertu de l'al. 143a) du *Code*, doit comporter la connaissance du fait que la personne du sexe féminin n'est pas consentante ou l'insouciance quant à savoir si elle est consentante ou non et, dans le cas du sous-al. 143b)(i), la connaissance du fait que le consentement a été donné à cause des menaces ou de la crainte de lésions corporelles, ou l'insouciance quant à la nature de ce consentement. Il s'ensuit, comme cette Cour l'a conclu à la majorité dans l'arrêt *Pappajohn*, que la conviction sincère, même déraisonnable, de la part de l'accusé que la personne du sexe féminin a consenti aux rapports sexuels librement et volontairement et non à cause de menaces a pour effet d'écarter la *mens rea* requise au sous-al. 143b)(i) du *Code* et de permettre à l'accusé de bénéficier d'un acquittement.

Traditionnellement, cette Cour a décrit cette exigence en matière de *mens rea* comme un moyen de défense d'erreur de fait pouvant être invoqué par l'accusé. C'est ainsi que le juge McIntyre, parlant au nom de la majorité, l'a qualifiée dans l'arrêt *Pappajohn*, précité. Le juge Dickson a estimé qu'il était plus clair et plus exact de dire que la connaissance de l'absence de consentement faisait partie intégrante de la *mens rea*. Dans l'arrêt *Pappajohn*, à la p. 148, il a souligné:

L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction.

Le juge McIntyre a adopté ce même raisonnement dans l'arrêt *Sansregret*, précité, à la p. 580:

On a affirmé que le moyen de défense d'erreur de fait repose sur le principe que la conviction erronée, mais sincère, enlève à l'accusé la *mens rea* requise pour qu'il y ait infraction.

Although there has been some difference of view on the Court as to whether the accused's knowledge of lack of consent is to be described as an element of the offence or as a defence of mistake of fact, the Court has been unanimous in its agreement on one proposition—there must be evidence that gives an air of reality to the accused's argument that he believed the complainant was consenting before the issue goes to the jury. In addition, I believe that previous case law establishes the proposition that, where there is sufficient evidence for the issue to go to the jury, the Crown bears the burden of persuading the jury beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she was consenting or not. Using the language of Glanville Williams in *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 871-910, there are two separate burdens in relation to the issue of honest but mistaken belief—the evidentiary burden and the burden of persuasion. Evidence must be introduced that satisfies the judge that the issue should be put to the jury. This evidence may be introduced by the Crown or by the defence. The accused bears the evidentiary burden only in the limited sense that, if there is nothing in the Crown's case to indicate that the accused honestly believed in the complainant's consent, then the accused will have to introduce evidence if he wishes the issue to reach the jury. Once the issue is put to the jury the Crown bears the risk of not being able to persuade the jury of the accused's guilt.

McIntyre J., discussing the defence of mistake of fact in *Pappajohn*, *supra*, mentioned the evidentiary burden at pp. 126-28:

This, however, does not mean that the trial judge becomes bound to put every defence suggested to him by counsel. Before any obligation arises to put defences, there must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and it is only where such an evidentiary basis is present that a trial judge must put a defence. Indeed, where it is not present he should not put a defence for to do so would only be to confuse.

Bien qu'il y ait eu des divergences d'opinions au sein de cette Cour quant à savoir si la connaissance qu'a l'accusé de l'absence de consentement doit être décrite comme un élément de l'infraction ou plutôt comme un moyen de défense d'erreur de fait, la Cour a été unanime sur un point, savoir pour que la question soit soumise au jury, il doit exister des éléments de preuve qui rendent vraisemblable l'argument de l'accusé selon lequel il croyait que la plaignante donnait son consentement. De plus, je crois que la jurisprudence établit que, lorsqu'il y a une preuve suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe au ministère public de le persuader hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non. Pour reprendre les termes employés par Glanville Williams dans *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), aux pp. 871 à 910, la question de la croyance sincère mais erronée comporte une charge de la preuve en deux parties distinctes: la charge de présentation et la charge de persuasion. Il faut produire des éléments de preuve qui convainquent le juge qu'il y a lieu de soumettre la question au jury. Cette preuve peut être présentée par le ministère public ou par la défense. La charge de présentation n'incombe à l'accusé qu'en ce sens restreint que, si rien dans la preuve produite par le ministère public n'indique que l'accusé croyait sincèrement au consentement de la plaignante, il appartiendra alors à ce dernier de produire la preuve requise s'il veut que le jury soit saisi de la question. Une fois celle-ci soumise au jury, le ministère public court le risque de ne pas être en mesure de convaincre le jury de la culpabilité de l'accusé.

Le juge McIntyre, en traitant dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, du moyen de défense d'erreur de fait, a mentionné la charge de présentation, aux pp. 126 à 128:

Cela ne signifie pas cependant que le juge est obligé de soumettre tous les moyens de défense mis de l'avant par l'avocat. Pour qu'une obligation naisse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et ce n'est que dans ce cas que le juge doit le soumettre. Qui plus est, si pareils éléments n'existent pas, il ne devrait pas soumettre le moyen de défense, car cela ne pourrait que semer la confusion.

What is the standard which the judge must apply in considering this question? Ordinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it. Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. This question has been considered frequently in the courts: See *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609, and *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220. The test to be applied has, in my opinion, been set down by Fauteux J., as he then was, in *Kelsey v. The Queen*.

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

In addition, I would refer to the words of Judson J., speaking for the majority, in *R. v. Workman and Huculak*, [1963] S.C.R. 266 where he said:

I can see no possible ground for any instruction that, on any view of the evidence Huculak could be an accessory after the fact and not a principal. Before this could be done, there must be found in the record some evidence which would convey a sense of reality in the submission (*Kelsey v. The Queen*, 105 C.C.C. 97 at p. 102, [1953] 1 S.C.R. 220 at p. 226, 16 C.R. 119 at p. 125). Failure of counsel to raise the matter does not relieve the trial judge of his duty to place a possible defence before the jury but there must be something beyond fantasy to suggest the existence of the duty.

It seems to me that the trial judge, in the passage above quoted from his ruling on this question, has applied that test. He has heard all the evidence. He heard the argument advanced by counsel. He considered the whole matter with counsel's argument in mind and he concluded, "I do not recognize in the evidence any sufficient basis of fact to leave the defence of mistake of fact to the jury". In my view, he directed himself correctly in law.

In relating the law to the facts of any case, we must keep in mind what it is that the trial judge must look for in the evidence in deciding whether there is, in the words of Fauteux J., "some evidence or matter apt to convey a

Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu'on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l'innocence d'un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu'on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n'a pas à rechercher seulement s'il existe ou non une preuve de fait. Présument que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury. Les tribunaux se sont fréquemment penchés sur cette question: Voir *Wu c. Le Roi*, [1934] R.C.S. 609, et *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220. Le critère à appliquer, à mon avis, est celui formulé par le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Kelsey c. La Reine*.

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l'omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief.

De plus, je renvoie à ce qu'a dit le juge Judson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Workman et Huculak*, [1963] R.C.S. 266:

Je ne vois aucun motif possible de donner au jury une directive que, de quelque façon qu'on interprète la preuve, Huculak pourrait être un complice après le fait et non l'auteur de l'infraction. Pour pouvoir le faire, on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l'argument vraisemblable (*Kelsey c. La Reine*, 105 C.C.C. 97 à la p. 102, [1953] 1 R.C.S. 220 à la p. 226, 16 C.R. 119 à la p. 125). Si l'avocat omet de soulever cette question, le juge du procès n'en est pas pour autant déchargé de l'obligation de soumettre un moyen de défense possible au jury, mais l'existence de cette obligation doit reposer sur quelque chose de plus que la simple imagination.

J'estime que, dans le passage précité de sa décision sur ce point, le juge du procès a appliqué ce critère. Il a entendu toute la preuve. Il a écouté la plaidoirie de l'avocat. Il a considéré toute la question avec la plaidoirie à l'esprit et a conclu [TRADUCTION] «Je ne trouve pas dans la preuve de base factuelle suffisante pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait». À mon avis il a appliqué la bonne règle de droit.

Quand on relie les règles de droit aux faits d'une affaire donnée, il faut garder à l'esprit ce que le juge du procès doit rechercher dans la preuve pour décider s'il y a, comme l'a dit le juge Fauteux, [TRADUCTION] «une

sense of reality in the argument, and in the grievance". In this case, to convey such a sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred. This requires a more detailed recital of the evidence than would ordinarily be necessary.

Dickson J., speaking of knowledge of lack of consent as an essential element of the offence, also held in *Pappajohn, supra*, that there must be evidence on this issue. He stated at p. 148:

Mistake is a defence, then, where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts.

If I am correct that: (i) s. 143 of the *Criminal Code* imports a *mens rea* requirement, and (ii) the *mens rea* of rape includes intention, or recklessness as to non-consent of the complainant, a mistake that negates intention or recklessness entitles the accused to an acquittal.

And he continues his thought at pp. 149-50:

In any event, it is clear that the defence is available only where there is sufficient evidence presented by an accused, by his testimony or by the circumstances in which the act occurred, to found the plea.

He further stated at p. 158:

If there was "some" evidence to "convey a sense of reality" to a defence of mistake as to consent, then the jury ought to have been instructed to consider that plea. *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, at p. 226.

There is nothing in *Sansregret, supra*, which modifies or overrules the proposition that there is an evidentiary burden on the accused. In *Sansregret* the accused was tried before a judge without a jury. The line between the evidentiary burden

preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief». En l'espèce, pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. Ceci exige un exposé de la preuve plus détaillé qu'à l'accoutumée.

Parlant de la connaissance de l'absence de consentement comme élément essentiel de l'infraction, le juge Dickson a lui aussi conclu, dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, que des éléments de preuve doivent avoir été produits relativement à cette question. Il a dit, à la p. 148:

L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés.

Si j'ai raison de dire que: (i) l'art. 143 du *Code criminel* exige une *mens rea*, et (ii) la *mens rea* du viol inclut l'intention, ou l'insouciance quant au non-consentement de la plaignante, une erreur qui dément l'intention ou l'insouciance donne à l'accusé le droit d'être acquitté.

Dans le même ordre d'idées, il poursuit, à la p. 150:

Quoi qu'il en soit, il est clair que le recours à ce moyen de défense n'est possible que lorsqu'un accusé produit une preuve suffisante à l'appui, par son témoignage ou par les circonstances qui ont entouré l'acte.

Il ajoute, à la p. 158:

S'il y avait une «certaine» preuve «tendant à rendre vraisemblable» un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226.

L'arrêt *Sansregret*, précité, ne modifie ni n'écarte en rien la proposition selon laquelle une charge de présentation incombe à l'accusé. Dans cette l'affaire, l'accusé a subi son procès devant un juge siégeant sans jury. Or, en pareil cas, la ligne

and the burden of persuasion tends to be blurred in such a case. The trial judge found that the complainant consented out of fear and that the accused blinded himself to the obvious and made no inquiry as to the nature of the consent which was given. The *mens rea* for rape involves a knowledge that the woman is consenting because of threats or fear of bodily harm, or recklessness as to its nature. Therefore, McIntyre J. said at p. 587:

In my view, it was error on the part of the trial judge to give effect to the 'mistake of fact' defence in these circumstances where she had found that the complainant consented out of fear and the appellant was wilfully blind to the existing circumstances, seeing only what he wished to see. Where the accused is deliberately ignorant as a result of blinding himself to reality the law presumes knowledge, in this case knowledge of the nature of the consent. There was therefore no room for the operation of this defence.

There is an evidentiary burden on the accused but (and this, in my opinion, is the important point) if there is sufficient evidence to put the issue before the jury, then the Crown has the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused did not have an honest belief as to consent. The defence of mistake, as Dickson J. pointed out in *Pappajohn*, is simply a denial of *mens rea* which does not involve the accused in a burden of proof. He does, however, have to adduce sufficient evidence to put the defence in issue. Glanville Williams, *supra*, at pp. 909-10, expresses his view that the defence of mistake of fact means that the accused has an evidentiary burden but not a persuasive burden.

These conclusions about the nature of the "honest but mistaken belief" argument are, in my view, consistent with the general tenor of the criminal law. In *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462, the House of Lords stated that when a defence to a charge of murder is accident or provocation, the burden of satisfying the jury still rests on the

de démarcation entre la charge de présentation et la charge de persuasion tend à s'estomper. Le juge du procès a conclu que la plaignante avait consenti par crainte et que l'accusé, refusant de se rendre à l'évidence, ne s'est pas interrogé sur la nature du consentement donné. En matière de viol, la *mens rea* comporte comme élément soit la connaissance que la femme consent à cause de menaces ou par crainte de lésions corporelles, soit l'insouciance quant à la nature du consentement. Par conséquent, le juge McIntyre a dit, à la p. 587:

À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en faisant droit au moyen de défense d'«erreur de fait» dans ces circonstances qui lui ont fait conclure que la plaignante avait consenti par crainte et que l'appelant s'est volontairement fermé les yeux devant les circonstances en présence, voyant seulement ce qu'il souhaitait voir. Lorsque l'accusé ignore un fait délibérément parce qu'il se ferme lui-même les yeux devant la réalité, le droit présume qu'il y a connaissance, en l'espèce connaissance de la nature du consentement. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer ce moyen de défense.

Il y a une charge de présentation qui incombe à l'accusé mais, (et c'est là, à mon avis, le point fondamental) si la preuve est suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe alors au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne croyait pas sincèrement au consentement. Le moyen de défense d'erreur, comme le juge Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Pappajohn*, est une simple négation de la *mens rea* qui ne fait peser sur l'accusé aucune charge de la preuve. Il doit toutefois produire une preuve suffisante pour que ce moyen de défense soit mis de l'avant. Glanville Williams, précité, aux pp. 909 et 910, exprime l'avis que le moyen de défense d'erreur de fait impose à l'accusé une charge de présentation mais non une charge de persuasion.

Selon moi, ces conclusions sur la nature de l'argument fondé sur l'existence d'une «croyance sincère mais erronée» concordent avec la substance générale du droit criminel. Dans l'arrêt *Woolmington v. D.P.P.*, [1935] A.C. 462, la Chambre des lords a affirmé que, dans un cas où l'on oppose à une accusation de meurtre un moyen de défense d'accident ou de provocation, c'est encore la poursuite qui a la charge de convaincre le jury. Les

prosecution. Viscount Sankey L.C. uttered his famous words at p. 481:

Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject ...
 to the defence of insanity and subject also to any
 statutory exception. If, at the end of and on the whole of
 the case, there is a reasonable doubt, created by the
 evidence given by either the prosecution or the prisoner,
 ... the prosecution has not made out the case and the
 prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the
 charge or where the trial, the principle that the prosecution
 must prove the guilt of the prisoner is part of the
 common law of England and no attempt to whittle it
 down can be entertained.

In *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1, the House of Lords further clarified their position. The House of Lords pointed out that the judge need not deal in his charge with the issues of accident or provocation merely because the defences are raised. There must be some evidence of accident or provocation that may be true. Then, and only then, must the judge deal with the issue in his summing-up and then, and only then, must the jury find in favour of the accused unless the Crown satisfies them beyond a reasonable doubt that the defence is untrue.

The clearest recognition by the Supreme Court of Canada of the distinction between an evidentiary and persuasive burden is found in *Latour v. The King*, [1951] S.C.R. 19. In that case the Court was dealing with the pleas of self-defence and provocation in the context of a murder charge. The Court quoted *Woolmington, supra*, and *Mancini, supra*, and stated at p. 27:

For, once properly instructed as to what the law recognizes as ingredients of self-defence or of provocation, the accurate question for the jury is not whether *the accused has established* such ingredients but whether *the evidence indicates them*. And they, then, must be directed that, should they find affirmatively or be left in doubt on the question put to them, the accused is entitled, in the case of self-defence to a complete acquittal, or in the case of provocation to an acquittal of the major offence of murder.

propos célèbres du vicomte Sankey se trouvent à la p. 481:

[TRADUCTION] Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu, sous réserve [...] de la défense excipant de l'aliénation mentale et sous réserve, également, de toute exception créée par la loi. Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable [...], la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la *common law* d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée.

Dans l'arrêt *Mancini v. D.P.P.*, [1942] A.C. 1, la Chambre des lords a davantage clarifié sa position. Elle a souligné que ce n'est pas simplement parce que les moyens de défense d'accident ou de provocation ont été soulevés que le juge est obligé d'en parler dans son exposé au jury. Il doit y avoir des éléments de preuve de l'accident ou de la provocation qui puissent être vrais. Ce n'est qu'alors que le juge est tenu d'aborder ces questions dans son résumé et ce n'est qu'alors que le jury doit rendre un verdict en faveur de l'accusé, à moins que la poursuite ne prouve hors de tout doute raisonnable que le moyen de défense est mal fondé.

La reconnaissance la plus claire par la Cour suprême du Canada de la distinction entre une charge de présentation et une charge de persuasion se dégage de l'arrêt *Latour v. The King*, [1951] R.C.S. 19. Dans cette affaire-là, la Cour avait à se pencher sur les plaidoyers de légitime défense et de provocation opposés à une accusation de meurtre. La Cour a cité l'arrêt *Woolmington*, précité, ainsi que l'arrêt *Mancini*, précité, puis a dit, à la p. 27:

[TRADUCTION] En effet, après avoir reçu des directives appropriées sur ce qui, aux yeux de la loi, constitue les éléments de la légitime défense ou de la provocation, le jury ne doit pas se demander si *l'accusé a prouvé l'existence* de ces éléments, mais plutôt si *la preuve indique leur existence*. Il convient ensuite de dire aux jurés que s'ils concluent que c'est le cas ou s'il subsiste un doute dans leur esprit sur cette question, l'accusé a droit à un acquittement complet s'il a invoqué la légitime défense ou à un acquittement de l'infraction grave de meurtre s'il a invoqué la provocation.

The courts then have consistently held that the ultimate burden of proof is on the Crown. The legislature has occasionally provided otherwise. Section 8 of the *Narcotic Control Act*, for example, required the accused to disprove the intent to traffic upon proof of possession. This provision was held to be unconstitutional in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, because it violated the presumption of innocence protected by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

It is against this background that the new sexual assault provisions of the *Criminal Code* should be considered. In my view, the inclusion of s. 244(4) in the *Code* makes it clear that the trial judge should not in every case instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent. The trial judge should only give such an instruction when certain threshold requirements have been met. These requirements are totally consistent with the previous case law. First, s. 244(4) requires the accused to allege an honest belief in consent. Second, the trial judge should only put the issue of honest belief to the jury if he is satisfied "that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence". This is consistent with this Court's view that the trial judge should instruct the jury to consider whether the accused had an honest belief as to consent only where there was evidence to support such a plea. When s. 244(4) states that the trial judge should consider whether the evidence would constitute a defence, the defence referred to is, in my view, the defence of mistake of fact. The section is not intended to impose the burden of proof of such defence on the accused but merely to affirm the pre-conditions that must be met before the trial judge is required to put the issue to the jury.

Courts of Appeal have had the opportunity to consider the issue of honest, though mistaken, belief in the context of the new sexual assault provisions. They have concluded that s. 244(4) is a legislative affirmation of the law previously enun-

Les tribunaux ont systématiquement conclu que la charge ultime de la preuve incombe à la poursuite. Cependant, le législateur a parfois déplacé cette charge. L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, par exemple, exigeait que l'accusé établisse l'absence d'intention de se livrer au trafic une fois la possession prouvée. Cette disposition a été jugée inconstitutionnelle dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, parce qu'elle violait la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

C'est dans ce contexte qu'il faut considérer les nouvelles dispositions du *Code criminel* en matière d'agression sexuelle. À mon avis, l'insertion du par. 244(4) dans le *Code* indique clairement que le juge du procès n'est pas obligé dans chaque cas de demander au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement. Le juge du procès ne doit donner une telle directive que dans la mesure où l'on a satisfait à certaines exigences préliminaires. Ces exigences concordent parfaitement avec la jurisprudence. Premièrement, le par. 244(4) exige que l'accusé allègue une croyance sincère au consentement. Deuxièmement, le juge du procès ne doit présenter au jury la question de la sincérité de cette croyance que 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». Cela concorde avec l'opinion de cette Cour que le juge du procès doit dire au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement au consentement seulement lorsqu'il existe des éléments de preuve à l'appui d'un tel plaidoyer. Quand le par. 244(4) dit que le juge du procès doit se demander si la preuve en question constituerait un moyen de défense, il s'agit, à mon avis, du moyen de défense d'erreur de fait. Cette disposition n'est pas destinée à imposer à l'accusé la charge de la preuve relativement à ce moyen de défense; elle énonce simplement les conditions à remplir pour que le juge du procès soit obligé de soumettre la question au jury.

Des tribunaux d'appel ont eu la possibilité d'étudier la question de la croyance sincère mais erronée dans le contexte des nouvelles dispositions en matière d'agression sexuelle. Ils ont conclu que le par. 244(4) constitue une reconnaissance législa-

ciated as to the sufficiency of evidence required to raise the defence of mistaken belief in consent. There must be evidence which gives an air of reality to the defence of mistake of fact before the court will consider it: see *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128 (B.C.C.A.); *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (B.C.C.A.); and *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (Ont. C.A.) The Ontario Court of Appeal decision in *Moreau* was delivered subsequent to its decision in this case.

Once the trial judge decides to put the issue of honest belief to the jury, s. 244(4) states that, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, the trial judge shall instruct the jury to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief. In my view, this part of s. 244(4) reflects the view expressed by Dickson J. in *Pappajohn*, *supra*, at p. 156 that:

... 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.

In *Textbook of Criminal Law*, at p. 102, Professor Glanville Williams states the view, with which I am in agreement, that it is proper for the trial judge to tell the jury "that if they think the alleged belief was unreasonable, that may be one factor leading them to conclude that it was not really held; but they must look at the facts as a whole". It will be a rare day when the jury is satisfied as to the existence of an unreasonable belief.

It seems to me, therefore, that s. 244(4) still contemplates that an honest but unreasonable belief in consent will constitute a defence. Nevertheless, it directs the jury to consider the presence

tive des principes de droit déjà posés relativement au caractère suffisant de la preuve requise pour que puisse être soulevé le moyen de défense de croyance erronée au consentement. Il faut des éléments de preuve qui prêtent une apparence de vraisemblance au moyen de défense d'erreur de fait pour que le tribunal le considère: voir *R. v. Cook* (1985), 46 C.R. (3d) 128 (C.A.C.-B.), *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.), et *R. v. Moreau* (1986), 26 C.C.C. (3d) 359 (C.A. Ont.) L'arrêt *Moreau* de la Cour d'appel de l'Ontario a été rendu après son arrêt dans la présente affaire.

Du moment que le juge du procès décide de soumettre au jury la question de la croyance sincère, le par. 244(4) prévoit qu'il doit lui demander 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. À mon avis, cette partie du par. 244(4) reflète l'opinion exprimée par le juge Dickson dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 156:

... 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.

Dans son *Textbook of Criminal Law*, à la p. 102, M. Glanville Williams se dit d'avis, et je suis d'accord avec lui, que le juge du procès peut à bon droit dire au jury [TRADUCTION] «que s'il estime que la croyance alléguée est déraisonnable, ce peut être un facteur qui l'amène à conclure qu'elle n'existait pas vraiment; mais il doit considérer les faits dans leur ensemble». Ce n'est pas demain qu'un jury sera convaincu de l'existence d'une croyance déraisonnable.

Il me semble donc que le par. 244(4) permet toujours qu'une croyance sincère mais déraisonnable au consentement constitue un moyen de défense. Il oblige néanmoins le jury à considérer la

or absence of reasonable grounds as an important evidentiary factor in determining whether the accused had an honest belief in consent. This was the view of s. 244(4) taken by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. White, supra*, and the Ontario Court of Appeal in *R. v. Moreau, supra*. It is also the view taken by the academic commentators: see D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), at p. 83; G. Parker, "The "New" Sexual Offences" (1983), 31 C.R. (3d) 317, at pp. 320-21, although some arrived at this conclusion with reluctance: see, for example, C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), at p. 79.

Applying the statutory test to the evidence in this case, I find that there was no error in the trial judge's charge to the jury. The trial judge must be taken to have gone through the exercise mandated by s. 244(4) of considering whether its threshold requirements had been met and, finding they had not, instructed the jury without reference to the defence of mistake of fact. There is not, in my view, a sufficient factual basis in this case for the accused's allegation that he believed the complainant consented. There is no air of reality to it. The accused did not testify. He called no witnesses. The accused and the complainant did not know each other. The complainant suffered physical injury. The complainant did not scream because of threats of violence and because of actual violence. The complainant's version of events has been consistent. The inconsistencies pointed to by the accused are trivial.

7. Did the admission of the roommate's evidence that the accused had made a sexual proposition to her violate the "similar fact" evidence exclusionary rule?

The second issue the accused raises is the admissibility of the evidence of the roommate Eileen to the effect that the accused had made a physical approach towards her and indicated that he wished to sleep with her. He argues that this evidence should have been excluded because of the

présence ou l'absence de motifs raisonnables comme un élément important à retenir en déterminant si l'accusé croyait sincèrement qu'il y avait eu consentement. Telle est l'interprétation du par. 244(4) adoptée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. White*, précité, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Moreau*, précité. C'est également le point de vue exprimé dans la doctrine; voir D. Watt, *The New Offences Against the Person: The Provisions of Bill C-127* (1984), à la p. 83; G. Parker, «The «New» Sexual Offences» (1983), 31 C.R. (3d) 317, aux pp. 320 et 321, quoique, dans certains cas, on soit arrivé à cette conclusion à contrecœur: voir, par exemple, C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), à la p. 79.

Appliquant à la preuve produite en l'espèce le critère établi par la loi, je conclus que l'exposé du juge du procès au jury ne renfermait aucune erreur. Il faut présumer que le juge du procès a procédé de la manière prévue par le par. 244(4), qu'il a en conséquence examiné si les exigences préliminaires de cette disposition avaient été remplies et que, ayant conclu par la négative, il a fait son exposé au jury sans mentionner le moyen de défense d'erreur de fait. À mon avis, les faits en l'espèce ne suffisent pas pour fonder l'allégation de l'accusé qu'il croyait que la plaignante avait consenti. Son assertion n'est pas du tout vraisemblable. L'accusé n'a pas témoigné. Il n'a pas non plus cité de témoins. L'accusé et la plaignante ne se connaissaient pas. La plaignante a subi des lésions corporelles. Elle n'a pas crié à cause des menaces et des actes réels de violence. La plaignante n'a pas changé sa version des événements. Les contradictions relevées par l'accusé sont insignifiantes.

7. L'admission du témoignage de la compagne de chambre selon lequel l'accusé lui avait fait des avances sexuelles constituait-elle une violation de la règle d'exclusion relative à la preuve de «faits similaires»?

La seconde question soulevée par l'accusé est celle de l'admissibilité du témoignage de la compagne de chambre, Eileen, témoignage selon lequel l'accusé lui avait fait des avances physiques et lui a exprimé le désir de coucher avec elle. Il fait valoir que cette preuve aurait dû être écartée en raison de

“similar fact” evidence rule. The rule is an exclusionary rule and an exception to the general and fundamental principle that all relevant evidence is admissible. A general statement of the exclusionary rule is that evidence of the accused’s discreditable conduct on past occasions tended to show his bad disposition is inadmissible unless it is so probative of an issue or issues in the case as to outweigh the prejudice caused: see *Cross on Evidence* (6th ed. 1985) at p. 311. A very useful overview of the similar fact evidence rule is contained in *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at pp. 952-54:

The question of the admissibility of similar fact evidence has been the subject of much legal writing to be found in the decided cases and textbooks and in the academic articles and commentaries. The general principle stated by Lord Herschell in *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, at p. 65, has been largely accepted as the basis for the admission of this evidence. He said:

In their Lordships’ opinion the principles which must govern the decision of the case are clear, though the application of them is by no means free from difficulty. It is undoubtedly not competent for the prosecution to adduce evidence tending to shew that the accused has been guilty of criminal acts other than those covered by the indictment, for the purpose of leading to the conclusion that the accused is a person likely from his criminal conduct or character to have committed the offence for which he is being tried. On the other hand, the mere fact that the evidence adduced tends to shew the commission of other crimes does not render it inadmissible if it be relevant to an issue before the jury, and it may be so relevant if it bears upon the question whether the acts alleged to constitute the crime charged in the indictment were designed or accidental, or to rebut a defence which would otherwise be open to the accused. The statement of these general principles is easy, but it is obvious that it may often be very difficult to draw the line and to decide whether a particular piece of evidence is on the one side or the other.

Over the years in seeking to apply this principle judges have tended to create a list of categories or types of cases in which similar fact evidence could be admitted, generally by reference to the purpose for which the

la règle relative à la preuve de «faits similaires». Il s’agit d’une règle d’exclusion qui déroge au principe général et fondamental de l’admissibilité de tous les éléments de preuve pertinents. Cette règle d’exclusion porte en gros que la preuve de toute conduite indigne antérieure de l’accusé produite pour démontrer ses mauvaises tendances est inadmissible, à moins qu’elle ne soit à ce point probante relativement à une question ou à des questions en litige qu’elle l’emporte sur le préjudice causé: voir *Cross on Evidence* (6th ed. 1985), à la p. 311. On trouve dans l’arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, aux pp. 952 à 954, un tour d’horizon très pratique de la règle relative à la preuve de faits similaires:

Dans la jurisprudence et la doctrine, dans les articles spécialisés et dans les commentaires, on a beaucoup écrit sur la question de la recevabilité de la preuve d’actes similaires. Le principe général énoncé par lord Herschell dans l’arrêt *Makin v. The Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, à la p. 65, a été largement accepté comme le fondement de la recevabilité de cette preuve. Lord Herschell affirme:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries estiment que les principes qui doivent régir la décision en l’espèce sont clairs, même si leur application est loin d’être facile. Il ne fait pas de doute que la poursuite ne peut, aux fins d’obtenir la conclusion que l’accusé est, compte tenu de sa conduite criminelle ou de sa réputation, le genre de personne susceptible d’avoir commis le crime dont il est inculpé, apporter des preuves qui tendent à démontrer qu’il a déjà été reconnu coupable de crimes autres que ceux visés par l’acte d’accusation. D’autre part, le simple fait que la preuve apportée tend à démontrer la perpétration d’autres crimes, n’entraîne pas pour autant son irrecevabilité si elle porte sur une question dont le jury est saisi, ce qui peut être le cas si elle se rapporte à la question de savoir si les actes qui, à ce qu’on prétend, constituent le crime reproché dans l’acte d’accusation étaient intentionnels ou accidentels; ce peut également être le cas si cette preuve est présentée pour repousser un moyen de défense que l’accusé pourrait autrement invoquer. Il est facile d’énoncer ces principes généraux, mais il est évident qu’il peut souvent être très difficile de tracer la ligne de démarcation et de décider de quel côté se situe un élément de preuve en particulier.

Au cours des années, en cherchant à appliquer ce principe, les juges ont eu tendance à créer une liste de catégories ou de types de cas où la preuve d’actes similaires peut être recevable, en se référant générale-

evidence was adduced. Evidence of similar facts has been adduced to prove intent, to prove a system, to prove a plan, to show malice, to rebut the defence of accident or mistake, to prove identity, to rebut the defence of innocent association, and for other similar and related purposes. This list is not complete.

The general principle enunciated in the *Makin* case by Lord Herschell, should be borne in mind in approaching this problem. The categories, while sometimes useful, remain only as illustrations of the application of that general rule.

All parties agree that the evidence of the roommate Eileen is relevant and therefore admissible unless (a) it falls within the scope of the "similar fact" evidence rule; and (b) it meets the criteria for exclusion contained in that rule.

Does the evidence fall within the scope of the rule? In answering this question, we need to decide whether the accused's conduct was discreditable. The accused's conduct towards Eileen was not criminal. In the passage from *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, Lord Herschell refers only to "criminal acts" and "criminal conduct or character". It appears, however, that discreditable conduct extends beyond criminal acts. This was the view taken by the English Court of Appeal in *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132. In that case, the prosecution sought to bolster the evidence of three young complainants of indecency by the accused with evidence from three other girls. The evidence of these girls indicated that the accused had gone through much the same process of recruiting the girls supposedly for babysitting and showing them pornographic magazines and photographs. It was not, however, alleged that any acts of criminal conduct or indecency took place. The court treated this as similar fact evidence. It decided that the evidence could be properly admitted because its features were strikingly similar to the circumstances surrounding the offence charged and because there was no suggestion that its prejudicial effect outweighed its probative value. Given that the similar fact evidence rule can extend to acts other than criminal acts, it falls to consider

ment à l'objet de la preuve. La preuve d'actes similaires a été produite pour prouver l'intention, pour prouver l'existence d'un système ou d'un dessein, pour démontrer la malice, pour repousser la défense d'accident ou d'erreur, pour prouver l'identité, pour repousser la défense de rapports innocents et à d'autres fins semblables et connexes. Cette liste n'est pas exhaustive.

Lorsqu'on aborde ce problème, il convient d'avoir présent à l'esprit le principe général énoncé par lord Herschell dans l'arrêt *Makin*. Les catégories sont parfois utiles, mais il reste qu'elles ne constituent que des illustrations de l'application de cette règle générale.

Les parties conviennent que le témoignage de la compagne de chambre, Eileen, est pertinent et, partant, admissible, à moins a) qu'il ne relève de la règle relative à la preuve de «faits similaires» et b) qu'il ne satisfasse aux critères déterminant l'exclusion énoncés dans cette règle.

La preuve produite en l'espèce relève-t-elle de la règle? Pour répondre à cette question, il faut décider si la conduite de l'accusé a été indigne. Or, sa conduite envers Eileen n'avait rien de criminel. Dans le passage tiré de l'arrêt *Makin v. Attorney-General for New South Wales*, [1894] A.C. 57, lord Herschell parle seulement de «crimes», de «conduite criminelle» et de «réputation». La conduite indigne paraît toutefois ne pas se limiter aux seuls actes criminels. Tel a été l'avis de la Cour d'appel d'Angleterre dans l'arrêt *R. v. Barrington*, [1981] 1 All E.R. 1132. Dans cette affaire-là, la poursuite a cherché à soutenir les témoignages de trois jeunes plaignantes relatifs aux attentats à la pudeur commis par l'accusé en produisant les dépositions de trois autres jeunes filles. D'après les témoignages de ces dernières, l'accusé avait agi sensiblement de la même manière en recrutant les jeunes filles censément pour garder des enfants et en leur montrant des revues et des photographies pornographiques. Elles n'alléguaient toutefois aucun comportement criminel ni aucun attentat à la pudeur. Le tribunal a traité leurs témoignages comme une preuve de faits similaires. Il décida que cette preuve pouvait à bon droit être admise parce qu'elle présentait une ressemblance frappante avec les circonstances reliées à l'infraction imputée et parce que rien n'indiquait que son effet préjudiciable l'emportait sur sa valeur probante. Étant donné

whether the probative value outweighs the prejudicial value of the evidence; see *Sweitzer, supra*.

In discussing the probative value we must consider the degree of relevance to the facts in issue and the strength of the inference that can be drawn. The bulk of Eileen's testimony is, of course, highly relevant to the case. It provides the background for the circumstances in which the assault occurred. It makes it clear how the respondent came to arrive at the complainant's doorstep on the morning in question, how he knew to use Eileen's name, why he might be interested in the victim, and why he could have anticipated that the complainant would be home alone at the relevant time.

The evidence of the proposition made to Eileen makes the narrative clearer as it indicates the note on which the first visit to the apartment ended. It makes consistent and credible Eileen's assertion that she did not send the accused over to see the complainant on the morning in question. Further, it is arguable that it has some relevance to the question of motive and intent. The Crown suggests that the accused, rebuffed by the roommate Eileen, had a motive for turning his attention to the complainant, a woman in whom he had earlier indicated an interest. The degree of probative value required varies with the prejudicial effect of the admission of the evidence. The probative value of evidence may increase if there is a degree of similarity in circumstances and proximity in time and place. However, admissibility does not turn on such a striking similarity: see L. H. Hoffmann, "Similar Facts After *Boardman*" (1975), 91 *L.Q.R.* 193, at p. 201. In my view, the evidence here is of some, though not of great, probative value.

Is the evidence prejudicial? In this case, the conduct towards the roommate Eileen is certainly not as discreditable as, for example, the conduct

que la règle relative à la preuve de faits similaires peut s'appliquer à des actes autres que ceux de caractère criminel, il y a lieu d'examiner si la valeur probante de la preuve en question est plus grande que son effet préjudiciable: voir l'arrêt *Sweitzer*, précité.

Dans l'analyse de la valeur probante, il faut tenir compte de la mesure dans laquelle les éléments de preuve en question se rapportent aux faits en litige et du poids de la déduction qu'on peut en tirer. Bien entendu, la majeure partie du témoignage d'Eileen revêt une grande pertinence en l'espèce. Il fournit le contexte dans lequel l'agression a eu lieu. Il explique comment l'intimé a pu se présenter à la porte de la plaignante le matin en question, comment il a connu le nom d'Eileen, pourquoi il pouvait s'intéresser à la victime et pourquoi il a pu prévoir que celle-ci se trouverait toute seule chez elle au moment pertinent.

La preuve relative aux avances faites à Eileen rend plus clair l'exposé des événements, car elle révèle le ton sur lequel s'est terminée la première visite à l'appartement. Elle donne cohérence et crédibilité à l'assertion d'Eileen selon laquelle elle n'a pas envoyé l'accusé voir la plaignante le matin en question. De plus, on pourrait prétendre que cette preuve se rapporte dans une certaine mesure à la question du mobile et de l'intention. Le ministère public soutient que l'accusé, rebuté par la compagne de chambre Eileen, avait un motif de se tourner vers la plaignante, une femme à l'égard de laquelle il avait déjà manifesté de l'intérêt. Le degré de valeur probante requis varie en fonction de l'effet préjudiciable de l'admission de la preuve. La valeur probante d'un élément de preuve peut augmenter s'il y a une certaine similarité quant aux circonstances ainsi que proximité de temps et d'endroit. L'admissibilité ne dépend toutefois pas d'une telle similarité frappante: voir L. H. Hoffmann, «*Similar Facts After Boardman*» (1975), 91 *L.Q.R.* 193, à la p. 201. À mon avis, la preuve présentement en cause a de la valeur probante, mais cette valeur n'est pas très grande.

S'agit-il d'une preuve préjudiciable? En l'espèce, la conduite envers la compagne de chambre Eileen n'est certainement pas aussi indigne que, par

involved in *Barrington, supra*. In fact, it might be argued that the accused's conduct was not discreditable and hence not prejudicial at all. He propositioned a woman. When she indicated that she was not interested, he desisted. He did not force himself upon her. However, there are elements of the incident which could be characterized as discreditable. After Eileen indicated that she would not sleep with the accused he put his arms around her. She asked him to leave repeatedly and he repeatedly refused. She finally felt she had to leave and go to the outside porch. When they were walking to the bus stop, he pinned her against the wall. He said he could never love her, he could only hurt her. Although this is capable of an innocent interpretation, it is also capable of a sinister interpretation. The evidence causes prejudice but it causes very little prejudice because the accused desisted. I would conclude, therefore, on balance that the evidence was properly admitted.

Even if I am wrong in this and the evidence should not have been admitted, the conviction, in my view, should stand by virtue of the saving proviso of s. 613(1)(b)(iii) of the *Code*. Given the persuasive nature of the evidence in this case the jury's verdict would necessarily have been the same (see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739) even if the alleged error of law had not occurred.

8. Disposition

For the reasons given above I would allow the appeal and restore the conviction.

Appeal allowed.

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

Solicitor for the respondent: Morris Manning, Toronto.

exemple, la conduite dans l'affaire *Barrington*, précitée. De fait, on pourrait prétendre que la conduite de l'accusé n'avait rien d'indigne et, en conséquence, n'était pas préjudiciable du tout. Il a fait des avances à une femme. Quand elle a dit que cela ne l'intéressait pas, il n'a pas insisté. Il ne l'a pas contrainte. Certains éléments de l'incident peuvent néanmoins être qualifiés d'indignes. Après qu'Eileen eut fait savoir à l'accusé qu'elle ne coucherait pas avec lui, il l'a enlacée. Elle lui a demandé à plusieurs reprises de partir et il a refusé chaque fois. Finalement, elle s'est sentie obligée de sortir sur le perron. Quand ils se rendaient à l'arrêt d'autobus, il l'a immobilisée contre un mur. Il a dit qu'il ne pourrait jamais l'aimer, qu'il pourrait seulement lui faire du mal. Bien que cette déclaration puisse admettre une interprétation innocente, elle se prête aussi à une interprétation menaçante. La preuve en question est préjudiciable jusqu'à un certain point, mais ce préjudice est fort minime parce que l'accusé n'a pas insisté. Je conclus donc que, à tout prendre, c'est à juste titre que cette preuve a été admise.

Même à supposer que j'aie tort sur ce point et que la preuve n'ait pas dû être admise, la déclaration de culpabilité devrait, selon moi, être maintenue en vertu de la disposition réparatrice de l'al. 613(1)(b)(iii) du *Code*. Étant donné le caractère convaincant de la preuve produite en l'espèce, le verdict du jury aurait nécessairement été le même (voir *Colpitts v. The Queen*, [1965] R.C.S. 739), même si l'erreur de droit reprochée n'avait pas été commise.

8. Dispositif

Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la province de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: Morris Manning, Toronto.