

**Steven Seaboyer** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Civil Liberties Association and Women's Legal Education and Action Fund et al.** *Intervenors*

and between

**Nigel Gayme** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan, the Canadian Civil Liberties Association and Women's Legal Education and Action Fund et al.** *Intervenors*

INDEXED AS: R. v. SEABOYER; R. v. GAYME

File Nos.: 20666, 20835.

1991: March 26, 27; 1991: August 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Whether ss. 276 and 277 of Criminal Code infringe s. 7 of Charter — If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter — Whether legisla-*

**Steven Seaboyer** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne des libertés civiles et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres** *Intervenants*

et entre

<sup>d</sup> **Nigel Gayme** *Appelant*

c.

<sup>e</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

<sup>f</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan, l'Association canadienne des libertés civiles et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. SEABOYER; R. c. GAYME

N<sup>os</sup> du greffe: 20666, 20835.

<sup>h</sup> 1991: 26, 27 mars; 1991: 22 août.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Les articles 276 et 277 du Code criminel violent-ils l'art. 7 de la Charte? — Dans l'affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article*

tion can be saved by doctrine of constitutional exemption — *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277 — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7.

Constitutional law — *Charter of Rights* — *Presumption of innocence* — *Whether ss. 276 and 277 of Criminal Code infringe s. 11(d) of Charter* — *If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter* — *Whether legislation can be saved by doctrine of constitutional exemption* — *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277 — *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 11(d).

Criminal law — *Sexual offences* — *Evidence* — *“Rape-shield” provisions restricting right of defence to cross-examine and lead evidence of complainant’s previous sexual conduct* — *Whether provisions infringe s. 7 or s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms* — *If so, whether infringement justified under s. 1 of Charter or legislation saved by doctrine of constitutional exemption* — *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277.

Criminal law — *Preliminary inquiry* — *Jurisdiction* — *Whether preliminary inquiry judge has jurisdiction to decide constitutionality of legislation relating to evidence*.

At issue here was whether the *Criminal Code*’s “rape-shield” provisions (R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276 and 277) infringe the principles of fundamental justice or the right to a fair trial found in ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The “rape-shield” provisions restrict the right of the defence on a trial for a sexual offence to cross-examine and lead evidence of a complainant’s sexual conduct on other occasions.

Seaboyer was charged with sexual assault of a woman with whom he had been drinking in a bar. The judge at the preliminary inquiry refused to allow the accused to cross-examine the complainant on her sexual conduct on other occasions. The appellant contended that he should have been permitted to cross-examine as to other acts of sexual intercourse which may have caused bruises and other aspects of the complainant’s condition which the Crown had put in evidence. Such evidence might arguably be relevant to consent since it might provide other explanations for the physical evidence tendered by the

premier de la Charte? — *Les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l’application de la doctrine de l’exemption constitutionnelle?* — *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277 — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — *Charte des droits* — *Présomption d’innocence* — *Les articles 276 et 277 du Code criminel violent-ils l’art. 11d) de la Charte?* — *Dans l’affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l’article premier de la Charte?* — *Les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l’application de la doctrine de l’exemption constitutionnelle?* — *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277 — *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 11d).

Droit criminel — *Infractions sexuelles* — *Preuve* — *Les dispositions sur la «protection des victimes de viol» restreignent le droit de la défense de contre-interroger et de présenter des preuves sur le comportement sexuel du plaignant à d’autres occasions* — *Les dispositions violent-elles l’art. 7 ou l’art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés?* — *Dans l’affirmative, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l’article premier de la Charte, ou les dispositions peuvent-elles être sauvegardées par l’application de la doctrine de l’exemption constitutionnelle?* — *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277.

Droit criminel — *Enquête préliminaire* — *Compétence* — *Le juge chargé de l’enquête préliminaire est-il compétent pour statuer sur la constitutionnalité des dispositions en matière de preuve?*

En l’espèce, il s’agit de savoir si les dispositions du *Code criminel* sur la «protection des victimes de viol» (L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276 et 277) portent atteinte aux principes de justice fondamentale ou au droit à un procès équitable garantis par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces dispositions restreignent le droit de la défense de contre-interroger et de présenter une preuve sur le comportement sexuel du plaignant à d’autres occasions.

Seaboyer doit répondre à une accusation d’agression sexuelle d’une femme rencontrée dans un bar. À l’enquête préliminaire, le juge a refusé de permettre à l’accusé de contre-interroger la plaignante relativement à son comportement sexuel à d’autres occasions. L’appellant prétend qu’il aurait dû être autorisé à contre-interroger la plaignante sur d’autres relations sexuelles, susceptibles d’expliquer l’origine des meurtrissures, et sur d’autres aspects de la condition de la plaignante que le ministère public a présentés en preuve. On peut soutenir que cette preuve pourrait être pertinente en ce qui con-

Crown in support of the use of force against the complainant.

The *Gayme* case arose in different circumstances. The complainant was 15, the appellant 18. They were friends. The Crown alleged that the appellant sexually assaulted the complainant at his school. The defence, relying on the defences of consent and honest belief in consent, contended that there was no assault and that the complainant was the sexual aggressor. In pursuance of this defence, the appellant at the preliminary inquiry sought to cross-examine and present evidence on prior and subsequent sexual conduct of the complainant. Accordingly, he brought a motion that ss. 276 and 277 of the *Code* were unconstitutional. The judge rejected the motion, on the ground that he lacked jurisdiction to hear it, and committed the appellant for trial.

Both Seaboyer and Gayme applied to the Supreme Court of Ontario for an order quashing the committal for trial on the ground that the judge below had exceeded his jurisdiction and deprived the appellant of his right to make full answer and defence by enforcing the provisions of s. 276 of the *Criminal Code*. The orders were granted on the ground that ss. 276 and 277 violate the *Charter*, and the cases were remitted to the preliminary inquiry judges for a ruling on the evidentiary issues unhampered by the statutory provisions. An appeal to the Ontario Court of Appeal was allowed on the ground that the preliminary inquiry judges lacked the jurisdiction to determine the constitutional validity of the sections in question. They accordingly had not erred in applying the sections and the orders quashing the committal therefore had to be set aside. The court went on, however, to consider the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* and found that the sections were capable of contravening an accused's rights under the *Charter* in some circumstances. It held that while the provisions had a constitutionally valid purpose, they were not saved by s. 1. The court nevertheless found that the provisions would be operative except in those limited and rare circumstances where they would have an unconstitutional effect.

The constitutional questions stated in this Court queried whether ss. 276 and 277 infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and, if so, whether they were saved by s. 1.

cerne le consentement puisqu'elle pourrait permettre d'expliquer autrement la preuve matérielle présentée par le ministère public à l'appui du recours à la force contre la plaignante.

<sup>a</sup> L'affaire *Gayme* se situe dans des circonstances différentes. La plaignante était âgée de 15 ans et l'appelant, de 18 ans. Ils étaient amis. Le ministère public prétend que la plaignante aurait été victime d'une agression sexuelle à l'école. Se fondant sur la défense de consentement et de croyance sincère au consentement, l'avocat de la défense prétend qu'il n'y a pas eu d'agression et que l'agresseur sexuel était la plaignante. À l'appui de sa thèse, l'appelant, lors de l'enquête préliminaire, a tenté de contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur et postérieur et de présenter des éléments de preuve à l'appui. Il a présenté une requête visant à faire déclarer inconstitutionnels les art. 276 et 277 du *Code*. Le juge a rejeté la requête au motif qu'il n'avait pas compétence et a ordonné le renvoi de l'appelant à son procès.

Seaboyer et Gayme ont demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'ordonner l'annulation du renvoi à procès au motif que le tribunal d'instance inférieure avait excédé sa compétence et privé l'appelant de son droit de présenter une défense pleine et entière en appliquant l'art. 276 du *Code criminel*. Les ordonnances ont été accordées au motif que les art. 276 et 277 contrevenaient à la *Charte* et les affaires ont été renvoyées aux juges chargés de l'enquête préliminaire pour qu'ils statuent sur les questions relatives à la preuve sans tenir compte des dispositions en question. L'appel interjeté en Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli au motif que les juges chargés de l'enquête préliminaire n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des articles en question. Ils n'avaient donc pas commis d'erreur dans l'application des articles en question et les ordonnances rejetant les renvois à procès devaient être annulées. La Cour d'appel a ensuite examiné la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel* et a conclu que ces articles pouvaient dans certains cas contrevenir aux droits garantis à un inculpé par la *Charte*. La Cour d'appel a statué que, bien que ces dispositions aient un objectif valide du point de vue constitutionnel, elles n'étaient pas sauvegardées par l'article premier. La Cour d'appel a décidé que, puisque les cas où ces dispositions auraient un effet inconstitutionnel sont rares, elles continueraient de s'appliquer, sauf dans ces circonstances limitées.

Les questions constitutionnelles formulées en notre Cour visent à déterminer si les art. 276 et 277 contreviennent à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et, dans

Also queried was whether the constitutional exemptions doctrine applied and, if the legislation was invalid, what was the law. With respect to the jurisdiction of the preliminary inquiry judge, the evidence sought to be tendered in the two cases was not at issue. In neither case did the preliminary inquiry judge consider whether the evidence would have been relevant or admissible in the absence of ss. 276 or 277 of the *Criminal Code*.

*Held* (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part): The appeals should be dismissed; however, s. 276 of the *Criminal Code* is inconsistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter* and that inconsistency is not justified under s. 1 of the *Charter*. Section 277 is not inconsistent with the *Charter*.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson and Iacobucci JJ.: It is fundamental to our system of justice that the rules of evidence should permit the judge and jury to get at the truth and properly determine the issues. Nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved and everything which is thus probative should be received absent some other ground for its exclusion. A law which prevents the trier of fact from getting at the truth by excluding relevant evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying the exclusion runs afoul of our fundamental conceptions of justice and what constitutes a fair trial. The trial judge must balance the value of the evidence against its potential prejudice. Virtually all common law jurisdictions recognize a power in the trial judge to exclude evidence on the basis that its probative value is outweighed by the prejudice which may flow from it. The prejudice must substantially outweigh the value of the evidence before a judge can exclude evidence relevant to a defence allowed by law.

Sections 276 and 277 of the *Code* are to be measured against this yardstick. They have the capacity to deprive a person of his or her liberty and they violate the fundamental principles underlying our justice system if they exclude evidence whose probative value is not substantially outweighed by its potential prejudice.

l'affirmative, s'il sont sauvegardés par l'article premier, et à déterminer également si, advenant le cas où les dispositions seraient déclarées inconstitutionnelles, la doctrine des exemptions constitutionnelles s'appliquerait et quelles seraient alors les règles de droit applicables? En ce qui concerne la compétence du juge chargé de l'enquête préliminaire, la preuve que l'on cherche à introduire n'est pas en litige en l'espèce. Dans ces deux affaires, le juge chargé de l'enquête préliminaire n'a pas examiné si la preuve en question aurait été pertinente ou admissible en l'absence des art. 276 ou 277 du *Code criminel*.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie): Les pourvois sont rejetés; toutefois, l'art. 276 du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et cette incompatibilité n'est pas justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article 277 n'est pas incompatible avec la *Charte*.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci: C'est un principe fondamental de notre système de justice que les règles de preuve doivent permettre au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige. Rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait à prouver et tout ce qui est probant doit être admis à moins de devoir être exclu pour un autre motif. Une disposition législative qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d'éléments de preuve pertinents sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce qui constitue un procès équitable. Le juge du procès doit déterminer la valeur probante de la preuve par rapport à son effet préjudiciable possible. Presque tous les ressorts de common law permettent au juge du procès d'exclure une preuve si sa valeur probante a moins de poids que l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir. Le juge ne pourra donc écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante.

Les articles 276 et 277 du *Code* doivent être examinés en fonction de ce critère. Ces articles peuvent porter atteinte à la liberté d'une personne et ils violent les principes fondamentaux à la base de notre système de justice s'ils visent l'exclusion d'une preuve dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible.

Section 277 excludes evidence of sexual reputation for the purpose of challenging or supporting the credibility of the plaintiff. The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness. Section 277 excludes evidence which can serve no legitimate purpose in the trial but does not touch evidence which may be tendered for valid purposes. It accordingly does not infringe the right to a fair trial.

Section 276 has the potential to exclude evidence which is relevant to the defence and whose probative value is not substantially outweighed by the potential prejudices to the trial process. It constitutes a blanket exclusion, subject to three exceptions—rebuttal evidence, evidence going to identity, and evidence relating to consent to sexual activity on the same occasion as the trial incident. The value of the excluded evidence will not always be trifling when compared with its potential to mislead the jury.

Two fundamental flaws mark s. 276. First, the different purposes for which evidence may be tendered are not distinguished. The legislation misdefines the evil to be addressed as evidence of sexual activity, when in fact the evil to be addressed is the narrower evil of the misuse of evidence of sexual activity for irrelevant and misleading purposes—the inference that the complainant consented to the act or that she is an unreliable witness. The result of this misdefinition of the problem is a blanket prohibition of evidence of sexual activity, regardless of whether the evidence is tendered for an illegitimate purpose or for a valid one. Secondly, a “pigeon-hole approach” is adopted which is incapable of dealing adequately with the fundamental evidentiary problem, that of determining whether or not the evidence is truly relevant, and not merely irrelevant and misleading. This amounts, in effect, to predicting relevancy on the basis of a series of categories.

Section 276 has the potential to exclude otherwise admissible evidence which may be highly relevant to the defence. Such evidence is excluded absolutely, without any means of evaluating whether in the circumstances of the case the integrity of the trial process would be better served by receiving it than by excluding it. Given the primacy in our system of justice of the principle that the innocent should not be convicted, the right to present

L'article 277 exclut la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant. L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin. L'article 277 exclut une preuve qui ne peut avoir aucune fin légitime dans le procès, mais il ne vise pas la preuve susceptible d'être présentée à des fins valides. Il ne viole donc pas le droit à un procès équitable.

L'article 276 peut entraîner l'exclusion de preuves pertinentes pour la défense et dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible sur le procès. Cet article est plutôt une interdiction générale assujettie à trois exceptions—la contre-preuve, la preuve relative à l'identité et la preuve relative au consentement à des rapports sexuels au moment des faits qui sont à l'origine de l'accusation. La valeur de la preuve exclue ne sera pas toujours insignifiante par rapport au risque d'induire le jury en erreur.

L'article 276 renferme deux lacunes fondamentales. Premièrement, il ne permet pas d'établir une distinction entre les divers objets pour lesquels la preuve peut être présentée. La disposition définit erronément le problème comme ayant trait à la présentation d'une preuve de comportement sexuel, alors qu'en réalité le problème touche seulement la mauvaise utilisation de ce genre de preuve à des fins non pertinentes et trompeuses, savoir l'inférence que la plaignante a consenti aux rapports sexuels ou qu'elle est un témoin peu fiable. Cette description erronée du problème aboutit à l'interdiction générale de présenter toute preuve de comportement sexuel, qu'elle soit présentée à une fin illégitime ou valide. Deuxièmement, ce genre de disposition adopte une démarche de «compartimentation» des éléments de preuve, qui ne permet pas de trancher de façon appropriée le problème de preuve fondamental en cause, c'est-à-dire déterminer si la preuve est réellement pertinente et non simplement sans objet et trompeuse. Cela équivaut à prédire la pertinence en fonction d'une série de catégories.

L'article 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve, par ailleurs admissible, susceptible d'être fort pertinente pour la défense. Il s'agit d'une interdiction absolue qui ne permet pas d'évaluer si, dans les circonstances de l'affaire, l'intégrité du procès ne serait pas mieux assurée par l'utilisation de cette preuve plutôt que par son exclusion. Étant donné que notre système de justice repose sur le principe qu'une personne innocente ne doit

one's case should not be curtailed absent an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations.

The existence of other exclusionary rules of evidence does not support the contention that such rules are not contrary to the principles of fundamental justice or to our notions of what constitutes a fair trial. These rules are based on the justification that the evidence excluded is likely to do more harm than good to the trial process. They, moreover, admit of a great deal of flexibility, allowing considerable discretion to the trial judge to admit evidence in cases where the value of the evidence outweighs its potential prejudice.

Courts in other jurisdictions have found it necessary to curtail the effect of legislation similar to s. 276 of the *Criminal Code* so as to permit accused persons to present evidence relevant to their defence. This fact reinforces the conclusion that the legislation offends the principles of fundamental justice underlying a fair criminal trial.

The operation of s. 276 permits the infringement of the rights enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In achieving its purpose—the abolition of the outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence—it overshoots the mark and renders inadmissible evidence which may be essential to the presentation of legitimate defences and hence to a fair trial. In exchange for the elimination of the possibility that the judge and jury may draw illegitimate inferences from the evidence, it exacts as a price the real risk that an innocent person may be convicted. The price is too great in relation to the benefit secured, and cannot be tolerated in a society that does not countenance in any form the conviction of the innocent.

Section 276 is not saved under s. 1 of the *Charter*. It addresses a pressing and substantial objective but the rights infringed are not proportionate to the pressing objective. Section 276 is rationally connected to the objective because it helps to exclude unhelpful and potentially misleading evidence of the complainant's prior sexual conduct. It does not, however, impair the right as little as possible. Even assuming that this case, which is criminal and therefore a contest between the state and the accused, might fall into the class where the state is given more latitude in fixing a balance between competing interests, the degree of impairment effected by s. 276 is still not appropriately restrained. The section excludes relevant defence evidence whose value is

pas être déclarée coupable, son droit d'exposer sa cause ne devrait pas être restreint en l'absence d'une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraires encore plus importantes.

<sup>a</sup> L'existence d'autres règles d'exclusion de preuve n'appuie pas la prétention que ces règles ne sont pas contraires aux principes de justice fondamentale ni à notre conception du procès équitable. La justification de ces règles est que la preuve exclue est susceptible d'avoir sur le procès un effet plus préjudiciable que salutaire. Par ailleurs, ces règles sont devenues très souples, de sorte que le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire important lorsqu'il s'agit d'admettre des éléments de preuve dont la valeur probante l'emporte sur le préjudice possible.

<sup>b</sup> Les tribunaux d'autres ressorts ont jugé nécessaire d'atténuer l'effet de dispositions semblables à l'art. 276 du *Code criminel* pour que l'accusé puisse présenter des preuves pertinentes à l'appui de sa défense. Ce fait renforce la conclusion que les dispositions contreviennent aux principes de justice fondamentale qui sont à la base d'un procès criminel équitable.

<sup>c</sup> L'article 276 permet de porter atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Pour atteindre son but, c'est-à-dire abolir l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel, cet article va au-delà de ce qui est nécessaire et rend inadmissibles des éléments de preuve qui peuvent être essentiels à la présentation d'une défense légitime et, partant, à la tenue d'un procès équitable. Pour que le juge et le jury ne puissent tirer d'inférence illégitime à partir de la preuve, l'art. 276 exige que l'on coure le risque réel de voir condamner un innocent. C'est payer trop chèrement l'avantage obtenu, et cette situation ne saurait être tolérée dans une société qui n'approuve aucunement la condamnation d'un innocent.

<sup>d</sup> L'article 276 n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Il se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles, mais la violation des droits n'est pas proportionnée à l'objectif se rapportant à une préoccupation urgente. L'article 276 a un lien rationnel avec l'objectif car il permet d'exclure des éléments de preuve inutiles, voire même trompeurs, concernant le comportement sexuel du plaignant. Toutefois, l'article n'est pas de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. À supposer que la présente affaire, bien que de nature criminelle et opposant comme telle le ministère public et l'accusé, puisse se classer dans la catégorie dans laquelle l'État bénéficie d'une plus grande marge de manœuvre pour trouver le point d'équilibre entre des

not clearly outweighed by the danger it presents and is therefore overbroad. Finally, there is no balance between the objective and the injurious effect of the legislation. A provision which rules out probative defence evidence which is not clearly outweighed by the prejudice it may cause to the trial strikes the wrong balance between the rights of complainants and the rights of the accused. The line must be drawn short of the point where it results in an unfair trial and the possible conviction of an innocent person.

The doctrine of constitutional exemption should not be applied here. The exemption, while perhaps saving the law in one sense, dramatically alters it in another. Applying this doctrine would not achieve the end of substantially upholding the law which Parliament enacted. It would import the discretion of the trial judge, which was an element that the legislature specifically chose to exclude from the provision. The will of the legislature would become even more obscured with the addition of a host of judge-made procedures which have been proposed to effect this judicial amendment to the legislation. The result, too, will set up a regime based on discretion and common law notions of relevancy, which is precisely what striking down would do. Finally, this solution would delegate to the trial judge the task of determining when the legislation should not be applied. This result has the effect of placing on the accused the burden of showing that the decision to exclude evidence is unconstitutional.

Striking down s. 276 does not revive the old common law rules of evidence which permitted evidence of sexual conduct and condoned invalid inferences from it. These rules, like other common law rules of evidence, must be adapted to conform to current reality. Evidence of sexual conduct and reputation in itself cannot be regarded as logically probative of either the complainant's credibility or consent. The twin myths which s. 276 sought to eradicate have no place in a rational and just system of law.

The inquiry as to what the law is, in the absence of s. 276 of the *Code*, must be considered in light of the fun-

intérêts opposés, le degré de violation que comporte l'art. 276 n'est pas suffisamment restreint. Cet article ne permet pas à la défense de présenter une preuve pertinente dont la valeur n'est pas clairement surpassée par son effet préjudiciable et a donc une portée trop large. Il n'existe pas d'équilibre entre l'importance de l'objectif et l'effet préjudiciable de la loi. Une disposition qui écarte une preuve de la défense, dont la valeur probante n'est pas clairement surpassée par l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir sur le procès, ne permet pas d'accorder le même poids aux droits des plaignants et à ceux des accusés. Il faut fixer la limite de façon à empêcher la tenue d'un procès inéquitable et la condamnation possible d'une personne innocente.

La doctrine de l'exemption constitutionnelle ne devrait pas s'appliquer en l'espèce. Bien que l'exemption permette peut-être de sauvegarder la loi dans un sens, elle la modifie sensiblement dans un autre. L'application de la doctrine ne permettrait pas d'atteindre le but visé, c'est-à-dire de confirmer en grande partie la disposition législative adoptée par le Parlement. Elle incorporerait dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès. On perd encore davantage de vue l'intention du législateur si l'on ajoute à ceci les nombreuses procédures proposées par les tribunaux pour procéder à la modification du texte législatif. Le résultat serait l'établissement d'un régime fondé sur le pouvoir discrétionnaire et sur les notions de pertinence reconnues en common law, essentiellement le même résultat que si le tribunal déclarait la disposition inopérante. Enfin, cette solution déléguerait au juge du procès la tâche de déterminer quand la disposition en question ne devrait pas être appliquée. L'application de cette doctrine imposerait aussi à l'accusé le fardeau d'établir que la décision d'exclure une preuve est inconstitutionnelle.

L'annulation de l'art. 276 ne rétablit pas les anciennes règles de common law qui permettaient la preuve d'actes de conduite sexuelle et toléraient les inférences invalides susceptibles d'en être tirées. Ces règles, à l'instar des autres règles de preuve en common law, doivent être adaptées à la situation actuelle. La preuve concernant le comportement sexuel et la réputation du plaignant ne peut en soi être considérée comme une preuve logique de la crédibilité ou du consentement du plaignant. Les deux mythes que l'art. 276 cherche à éliminer ne sont vraiment que des mythes et ils ne sauraient exister à l'intérieur d'un système juridique rationnel et juste.

Pour déterminer quelle est la situation juridique en l'absence de l'art. 276 du *Code*, il faut examiner les

damental principles governing the trial process and the reception of evidence. Legitimate uses should be preserved and illegitimate uses abolished. The approach of a general exclusion supplemented by categories of exceptions is bound to fail because of the impossibility of predicting in advance what evidence may be relevant in a particular case. Trial judges are not free to act on whim.

The following principles apply:

1. On a trial for a sexual offence, evidence that the complainant has engaged in consensual sexual conduct on other occasions (including past sexual conduct with the accused) is not admissible solely to support the inference that the complainant is by reason of such conduct (a) more likely to have consented to the sexual conduct at issue in the trial; or (b) less worthy of belief as a witness.

2. Evidence of consensual sexual conduct on the part of the complainant may be admissible for purposes other than an inference relating to the consent or credibility of the complainant where it possesses probative value on an issue in the trial and where that probative value is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice flowing from the evidence.

3. Before evidence of consensual sexual conduct on the part of a victim is received, it must be established on a *voir dire* (which may be held *in camera*) by affidavit or the testimony of the accused or third parties that the proposed use of the evidence of other sexual conduct is legitimate.

4. Where evidence that the complainant has engaged in sexual conduct on other occasions is admitted on a jury trial, the judge should warn the jury against inferring from the evidence of the conduct itself, either that the complainant might have consented to the act alleged, or that the complainant is less worthy of credit.

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not confer jurisdiction on a tribunal to determine whether a law is constitutional. That jurisdiction must be found in the legislation which defines the powers of the body. The jurisdiction of a judge on a preliminary hearing is conferred exclusively by Part XVIII of the *Criminal Code*. A justice presiding over a preliminary inquiry does not have the jurisdiction to grant a remedy under s. 24 of the *Charter* because a preliminary inquiry is not a "court of competent jurisdiction" under that section. The *Criminal Code* gives the magistrate no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or

principes fondamentaux régissant le procès et l'utilisation de la preuve. Les utilisations légitimes devraient être maintenues et les utilisations irrégulières abolies. Une interdiction générale assortie d'exceptions est vouée à l'échec à cause de l'impossibilité de prédire quelles seront les preuves pertinentes dans un cas donné. Les juges du procès ne peuvent agir à la légère.

Les principes suivants s'appliquent:

1. Dans un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, la preuve que, à d'autres occasions, le plaignant a consenti à des rapports sexuels (y compris des rapports sexuels antérieurs avec l'accusé) n'est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer l'inférence que le plaignant est de ce fait: a) plus susceptible d'avoir consenti aux actes sexuels à l'origine du procès; b) moins digne de foi comme témoin.

2. La preuve d'un consentement du plaignant à des rapports sexuels peut être admissible à des fins autres qu'une inférence relative au consentement ou à la crédibilité du plaignant si elle possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et si le danger d'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

3. Avant d'admettre une preuve de consentement de la victime à des rapports sexuels, il faut établir par la tenue d'un *voir-dire* (qui peut avoir lieu à huis clos) sur affidavits ou témoignages de l'accusé ou de tiers, que l'utilisation projetée de la preuve d'un autre comportement sexuel est une utilisation valide.

4. Lorsque la preuve que le plaignant a eu des rapports sexuels à d'autres occasions est admise au cours d'un procès devant jury, le juge doit mettre le jury en garde contre la déduction de la preuve de ces rapports sexuels que le plaignant a pu consentir à l'acte allégué ou qu'il est moins digne de foi.

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne confère pas à un tribunal le pouvoir de déterminer si une disposition législative est constitutionnelle. Cette compétence doit être attribuée dans la loi habilitante. C'est la partie XVIII du *Code criminel* qui précise la compétence du juge chargé d'une enquête préliminaire. Un juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas «un tribunal compétent» au sens de l'art. 24 de la *Charte* et n'est donc pas habilité à accorder une réparation en vertu de cet article. Le *Code criminel* ne lui confère pas la compétence qui l'autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. Les juges chargés de l'en-



denied. The preliminary inquiry judges therefore did not have power to determine the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*.

It was unnecessary to consider whether the refusal of the preliminary inquiry judges to determine the constitutional question was an error of jurisdiction so as to be reviewable.

The right to appeal from the rulings of preliminary inquiry judges is restricted to questions of loss or excess of jurisdiction. *Charter* violations do not give rise to jurisdictional errors. In criminal cases, *Charter* review will generally take place at the trial stage. The only exception to this rule would appear to be cases where no other remedy, existing or prospective, lies for a wrong under the *Charter*.

Appeals from rulings on preliminary inquiries are to be discouraged. While the law must afford a remedy where one is needed, the remedy should, in general, be accorded within the normal procedural context in which an issue arises, namely the trial. Such restraint will prevent a plethora of interlocutory appeals and the delays which inevitably flow from them. It will also permit a fuller view of the issue by the reviewing courts, which will have the benefit of a more complete picture of the evidence and the case.

*Per* L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting in part): Sexual assault is not like any other crime. It is for the most part unreported and the prosecution and conviction rates are among the lowest for all violent crimes. These statistics indicate that prejudicial beliefs may distort our perception of what actually happens. Rape myths still present formidable obstacles for complainants in their dealings with the very system charged with discovering the truth. From the making of the initial complaint down to the determination of the issue at trial, stereotype and mythology are at work, lowering the number of reported cases, influencing police decisions to pursue the case, thereby decreasing the rates of arrest, and finally distorting the issues at trial and, necessarily, the results.

Parliament intervened on two notable occasions. First, it repealed s. 142 of the *Code* and enacted a provision designed to alleviate some of the problems caused by the virtually unrestricted inquiry into a complainant's previous sexual history allowed at common law. Judicial interpretation of the section thwarted any benefit

quête préliminaire ont eu raison de conclure qu'ils n'avaient pas compétence pour statuer sur la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel*.

Il est inutile d'examiner si le refus par les juges chargés de l'enquête préliminaire de trancher la question constitutionnelle constituait une erreur de compétence donnant lieu à révision.

En ce qui concerne les décisions des juges chargés de l'enquête préliminaire, seules les questions de perte ou d'excès de compétence peuvent donner lieu à un appel. Les violations de la *Charte* ne suffisent pas en soi à faire naître une erreur de compétence. En règle générale, en matière criminelle, l'examen fondé sur la *Charte* se fera à l'étape du procès. La seule exception à cette règle semble être le cas où il n'y a aucune autre réparation, existante ou possible, applicable à la violation d'un droit garanti par la *Charte*.

Il faut décourager les appels de décisions rendues à l'enquête préliminaire. Bien que la loi doive offrir une réparation quand il en faut une, cette réparation devrait en général être accordée dans le contexte de la procédure habituelle, savoir le procès. Cette restriction évitera qu'il y ait une pléthore d'appels interlocutoires avec les retards qu'ils entraînent nécessairement. Les tribunaux chargés de l'examen pourront ainsi avoir un meilleur aperçu de la question, en ce qu'ils disposeront d'un tableau plus complet de la preuve et de l'affaire.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents en partie): L'agression sexuelle est différente d'un autre crime. Ces crimes sont en grande partie non rapportés et les taux de poursuite et de déclaration de culpabilité sont parmi les moins élevés de tous les crimes violents. L'analyse révèle également quelque chose sur l'éclat que les préjugés peuvent jeter sur ce qui se passe réellement. Les mythes entourant le viol présentent encore des obstacles considérables pour les plaignantes dans leurs rapports avec le système même qui a pour mission de découvrir la vérité. Depuis le dépôt de la plainte initiale jusqu'au jugement rendu au procès, les stéréotypes et les mythes ont une grande influence en ce qu'ils contribuent à réduire le nombre de plaintes, à influencer la police dans ses décisions de donner suite à une plainte, diminuant ainsi le taux d'arrestation, et enfin à dénaturer les questions en litige et, forcément, les résultats.

Le législateur fédéral est intervenu à deux reprises de façon notable. Premièrement, il a abrogé l'art. 142 du *Code* et adopté une disposition destinée à atténuer certains des problèmes causés par l'examen pratiquement illimité du comportement sexuel antérieur de la plaignante, autorisé par la common law. L'interprétation

that might have accrued to the complainant. In fact, the provision, as judicially interpreted, provided less protection to the complainant than that offered at common law. Second, a sweeping reform was introduced in 1982 for the protection of the integrity of the person, the protection of children and special groups, the safeguarding of public decency, and the elimination of sexual discrimination. Sections 246.6 and 246.7 (now ss. 276 and 277) under scrutiny here were enacted as part of that reform.

The concept of relevance has been imbued with stereotypical notions of female complainants and sexual assault. This is plain from the common law which held that evidence of "unchasteness" was relevant to both consent and credibility. Any connection between the evidence sought to be adduced and the fact or matter of which it was supposedly probative must be bridged by stereotype (that "unchaste" women lie and "unchaste" women consent indiscriminately) in order to make sense.

Any relevancy decision is particularly vulnerable to the application of private beliefs whether the test be one of experience, common sense or logic. Generally the determination of what is relevant will not be problematic. However, there are certain areas of inquiry where experience, common sense and logic are informed by stereotype and myth. This area of the law has been particularly prone to the use of stereotype in determinations of relevance and again this appears to be the unfortunate concomitant of a society which, to a large extent, holds these beliefs. Recognition of the large role that stereotype may play in such determinations has had surprisingly little impact in this area of the law.

It is contradictory to conclude that "truth" has been found if only stereotype renders a determination of relevancy understandable. And it is perverse to suggest that an objective application of the law of evidence mandates the admission of evidence which exhibits "rank prejudice". The examination of, and responsibility for, individual decision making is excluded. The application of "logic" and "common sense" may, in any given case, show "rank prejudice".

The irrelevance of most evidence of prior sexual history is clear once the mythical basis of relevancy deter-

donnée à cet article par les tribunaux a contrecarré les avantages qu'il aurait pu entraîner pour les plaignantes. En fait, selon cette interprétation, cette disposition offrait à la plaignante moins de protection que la common law. Deuxièmement, une réforme importante a vu le jour en 1982 visant à assurer la protection de l'intégrité de la personne, la protection de l'enfant et de certains autres groupes de personnes, la défense des bonnes mœurs et l'élimination de la discrimination sexuelle. Les articles 246.6 et 246.7 (maintenant les art. 276 et 277) analysés ici ont été adoptés dans le cadre de cette réforme.

Le concept de pertinence a été imprégné de notions stéréotypées concernant les plaignantes et l'agression sexuelle. Ce fait ressort clairement de la common law qui reconnaissait que la preuve des «mœurs faciles» était pertinente à la fois au consentement et à la crédibilité. Tout lien entre la preuve que l'on cherchait à présenter et le fait ou la question dont la preuve était supposée établir la véracité devait reposer sur un stéréotype (savoir que les femmes «de mœurs faciles» mentent et qu'elles consentent aveuglément aux rapports sexuels) pour avoir du sens.

Toute décision quant à la pertinence est particulièrement perméable aux préjugés, quelle qu'en soit la définition, qu'elle soit fondée sur l'expérience, le bon sens ou la logique. La détermination de la pertinence ne posera généralement pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l'expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes. On a été tout particulièrement enclin, dans ce domaine du droit, à utiliser des stéréotypes aux fins de déterminer ce qui est pertinent et cela paraît aller malheureusement de soi à l'intérieur d'une société qui, en grande partie, partage ces préjugés. La reconnaissance du rôle important que jouent les stéréotypes dans le cadre de la détermination de la pertinence a eu fort peu d'incidence dans ce domaine du droit.

Il est contradictoire de conclure que la «vérité» a été découverte si la seule chose qui rend la détermination de la pertinence compréhensible est le stéréotype sous-jacent. Il est inopportun d'affirmer qu'une application objective du droit de la preuve exige l'admission de preuves qui démontrent l'existence d'un «préjudice lié au rang». On exclut l'examen et la responsabilité de la prise de décision individuelle. L'application de la «logique» et du «bon sens» peut, dans un cas donné, faire montre d'un «préjudice lié au rang».

La non-pertinence d'une grande partie de la preuve portant sur le comportement sexuel antérieur est évi-

minations in this area of the law is revealed. Nevertheless, Parliament has provided broad avenues for its admissibility in setting out exceptions to the general rule in s. 276. Moreover, all evidence of the complainant's previous sexual history with the accused is *prima facie* admissible under those provisions. Evidence that is excluded by these provisions is simply irrelevant in a decision-making context free of myth and stereotype.

The exclusion of "pattern" evidence and "habit" evidence is not unconstitutional; the mythical basis of these arguments denies their relevance. "Pattern of conduct evidence" usually occurs where the complainant has had consensual sexual relations in circumstances that look much like those supporting the assault allegation. Such evidence is almost invariably irrelevant. It is highly prejudicial to the integrity and fairness of the trial process and, in any event, is nothing more than a prohibited propensity argument. Arguments in its favour depend for their vitality on the notion that women consent to sex based upon such extraneous considerations as the location of the act, the race, age or profession of the alleged assaulter and/or considerations of the nature of the sexual act engaged in. Consent is to a person and not to a circumstance; the use of the words "pattern" and "similar fact" deny this reality. Such arguments are implicitly based upon the notion that women will, in the right circumstances, consent to anyone and, more fundamentally, that "unchaste" women have a propensity to consent.

Evidence characterized as habitual, as being more specific than character and as denoting one's regular response to a repeated situation, too, is inadmissible. Adopting such an argument here would lend support to the stereotypical proposition that "unchaste" women have a propensity to consent. No analogy can be drawn between this behaviour and volitional sexual conduct.

The relevance of evidence of mistaken belief in consent in some cases does not conclusively demonstrate the infirmity of the provision. No relevant evidence regarding the defence of honest but mistaken belief in consent is excluded by the legislation under attack here. Assuming that both the trier of fact and the trier of law

dente lorsque l'on a établi que la détermination de la pertinence dans ce domaine du droit est fondée sur des mythes. Néanmoins, le législateur a laissé ouvertes de larges avenues où cette preuve sera admissible en édictant à l'art. 276 des exceptions à la règle générale. Du reste, toute la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante avec l'accusé est *prima facie* admissible aux termes de ces dispositions. Les preuves qui sont exclues par ces dispositions sont simplement non pertinentes dans un contexte de prise de décision non fondée sur les mythes et les stéréotypes.

L'exclusion de la preuve sur le «mode de comportement» n'est pas inconstitutionnelle; puisque ces arguments reposent sur l'existence de mythes, ils ne sauraient être pertinents. La «preuve d'un mode de comportement» se présente habituellement lorsque la plaignante a consenti à des rapports sexuels dans des circonstances qui ressemblent beaucoup à celles entourant la perpétration de l'agression alléguée. Cette preuve est presque toujours non pertinente. Elle porte un préjudice considérable à l'intégrité et à l'équité du procès et, de toute façon, ne constitue rien de plus qu'un argument interdit quant à la propension d'une personne. La force de ces arguments est liée à la notion que les femmes consentent à avoir des rapports sexuels, selon des considérations accessoires comme l'endroit, la race, l'âge ou la profession du prétendu agresseur ou d'autres éléments comme la nature de l'acte sexuel. Le consentement se rattache à la personne et non à une circonstance; l'utilisation des expressions «mode de comportement» ou «faits similaires» ne tient pas compte de cette réalité. Ces arguments se fondent implicitement sur la notion que des femmes, dans les circonstances appropriées, donneront leur consentement à quiconque et, plus fondamentalement, que les femmes de «mœurs faciles» auront une propension à consentir.

La preuve caractérisée comme un comportement habituel, étant plus spécifique que la moralité et dénotant une réponse habituelle à une situation répétée, est également inadmissible. L'adoption de cet argument dans le présent contexte viendrait appuyer la proposition fondée sur le stéréotype que les femmes de «mœurs faciles» ont une propension à consentir. Il est impossible d'établir une analogie entre ce comportement et un comportement sexuel dépendant de la volonté.

La preuve d'une croyance erronée au consentement ne démontre pas de façon concluante la faiblesse de cette disposition. La disposition contestée en l'espèce n'entraîne pas l'exclusion d'une preuve pertinente relative à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. En supposant que le juge des faits et le

are operating in an intellectual environment that is free of rape myth and stereotype about women, any evidence excluded by this subsection would not satisfy the "air of reality" that must accompany this defence nor would it provide reasonable grounds for the jury to consider in assessing whether the belief was honestly held. The structure of the exception set out in s. 276(1)(c) is thus not offensive to the defence of honest belief.

Evidence of prior acts of prostitution or allegations of prostitution are properly excluded by the provision. This evidence is never relevant and, moreover, is highly prejudicial. A prostitute is not generally more willing to consent to sexual intercourse and is no less credible as a witness because of that mode of life. There is no understandable reason for asking complainants in sexual assault cases if they are prostitutes.

Refutation of stereotype strikes at the heart of the argument that s. 276 does not allow evidence going to show motive to fabricate or bias. Clearly, most such alleged motives or bias will not be grounded in the complainant's past sexual history. Moreover, much of this evidence depends for its relevance on certain stereotypical visions of women—that women lie about sexual assault and that women who allege sexual assault often do so in order to get back in the good graces of those who may have their sexual conduct under scrutiny. Evidence that a complainant has made prior false allegations of sexual assault is admissible under the existing provision, however, because this evidence does not involve the admission of her previous sexual history.

The evidence excluded by s. 276 is simply irrelevant because it is based upon discriminatory beliefs about women and sexual assault. This provision provides wide avenues for the introduction of sexual history evidence that is relevant. Paradoxically, some of the exceptions may be cast overly broadly with the unfortunate result that a large body of evidence may still be improperly admitted on the basis of specious relevancy claims. Even if relevant sexual history evidence is excluded, such exclusion is proper because of its extremely prejudicial effect on the trial of the legal issues. The trial judge has a long-recognized discretion to exclude otherwise relevant evidence. Hence, a determination that something is relevant does not answer the further question whether, regardless of its relevance, there exists

juge du droit œuvrent à l'intérieur d'un environnement intellectuel libre de tout mythe entourant le viol et de tout stéréotype sur les femmes, les éléments de preuve exclus par ce paragraphe ne satisferaient pas au critère de l'«apparence de vraisemblance» qui doit accompagner cette défense et ne seraient pas assortis de motifs raisonnables que le jury pourrait prendre en considération dans la détermination de la sincérité de la croyance. La structure de l'exception prévue à l'al. 276(1)c) n'écarte donc pas la possibilité d'invoquer cette défense.

La disposition exclut avec raison toute preuve d'actes antérieurs de prostitution ou d'allégations de prostitution. Cette preuve n'est jamais pertinente et, en plus, est très préjudiciable. Une prostituée ne consent pas plus facilement à avoir des rapports sexuels et n'est pas un témoin moins digne de foi à cause de son mode de vie. Il n'existe aucun motif compréhensible pour lequel on demande aux plaignantes, dans les affaires d'agression sexuelle, si elle sont des prostituées.

La réfutation des stéréotypes porte atteinte au fond même de l'argument que l'art. 276 ne permet pas de présenter des preuves établissant l'existence d'un motif de fabrication ou d'un préjugé. De toute évidence, la plupart de ces prétendus motifs ou préjugés ne trouveront pas leur fondement dans le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Par ailleurs, la pertinence de la plupart de ces éléments de preuve repose sur certaines visions stéréotypées des femmes, savoir qu'elles mentent au sujet d'une agression sexuelle et qu'elles allèguent souvent la perpétration d'une agression sexuelle pour se racheter aux yeux de ceux qui peuvent surveiller de près leur comportement sexuel. Toutefois, la preuve qu'une plaignante a déjà fait de fausses allégations d'agression sexuelle est admissible en vertu de la disposition existante car elle ne comporte pas l'admission de son comportement sexuel antérieur.

La preuve qui est exclue par la disposition est simplement non pertinente parce qu'elle est fondée sur des croyances discriminatoires sur les femmes et l'agression sexuelle. Cette disposition offre de grandes possibilités de présenter une preuve de comportement sexuel qui soit pertinente. Paradoxalement, certaines des exceptions peuvent être libellées en termes trop larges, ce qui entraîne le résultat malheureux qu'un grand nombre de preuves pourraient bien être admises à tort sur la base d'allégations spécieuses de pertinence. Même si une preuve pertinente sur le comportement sexuel est exclue, cette exclusion est appropriée compte tenu de l'effet extrêmement préjudiciable de cette preuve sur le déroulement du procès concernant les questions juridiques. Le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire

some rule or policy consideration that nevertheless mandates exclusion of the proffered evidence.

Relevant evidence may be excluded for many reasons and such exclusions play a significant and important rôle in the traditional law of evidence. Some evidence is excluded in order to protect values that our society holds dear. Other evidence may be excluded because of its inherent unreliability. As well, evidence will be excluded if it distorts rather than enhances the search for truth. The exclusion of evidence of sexual history, rather than negatively affecting decisions of guilt and innocence, rationalizes such determinations. Evidence of sexual history transforms the guilt or innocence determination into an assessment of whether or not the complainant should be protected by the law of sexual assault.

Neither "fairness" nor "the principles of fundamental justice" mandate the constitutional invalidity of s. 276. Rather, in order to achieve fairness and to conduct trials in accordance with fundamental tenets of criminal law, this provision must be upheld in all of its vigour.

An accused does not have a constitutional right to adduce irrelevant evidence. Accordingly, to the extent that much, if not all, of the evidence excluded by s. 276 is irrelevant, there is no constitutional issue. An accused, furthermore, does not have the right under the *Charter*, whether under the rubric of a right to a fair trial or the right to make full answer and defence, to adduce evidence that prejudices and distorts the fact-finding process at trial. Notions of a "fair trial" and "full answer and defence" do not recognize a right in the accused to adduce any evidence that may lead to an acquittal. Such propositions cast ss. 7 and 11(d) in an extremely narrow fashion and deny meaningful content to notions of "fairness" and "principles of fundamental justice".

Because it excludes only irrelevant or prejudicial evidence, s. 276 passes constitutional muster. The accused, on any meaningful and purposive interpretation of the rights involved, has no right to adduce such evidence. Rather than making the ordinary rules of evidence inap-

reconnu depuis longtemps d'exclure une preuve normalement pertinente. Par conséquent, la détermination qu'une preuve est pertinente ne permet pas de répondre à l'autre question, soit s'il existe, quelle que soit la pertinence de la preuve, une règle ou une considération de principe qui, néanmoins, exige l'exclusion de la preuve présentée.

Il existe de nombreux motifs pour lesquels une preuve pertinente peut être exclue, et ces exclusions jouent un rôle significatif et important dans l'application des règles traditionnelles en matière de preuve. Certaines preuves sont exclues pour la protection de valeurs qui sont chères à notre société. D'autres peuvent l'être parce qu'elles sont peu fiables en soi. D'autres enfin le seront si elles dénaturent la recherche de la vérité au lieu de la favoriser. Plutôt que d'avoir une incidence négative sur la culpabilité et l'innocence, l'exclusion de la preuve d'un comportement sexuel rationalise ce genre de détermination. La détermination de la culpabilité ou de l'innocence est transformée en une évaluation visant à déterminer si la plaignante devrait bénéficier de la protection des dispositions relatives à l'agression sexuelle.

Ni la notion d'«équité» ni les «principes de justice fondamentale» ne justifient de déclarer inconstitutionnel l'art. 276. Il faut plutôt confirmer cette disposition dans toute sa vigueur pour réaliser l'équité et assurer le déroulement des procès conformément aux préceptes fondamentaux du droit pénal.

L'accusé n'a pas le droit constitutionnel de présenter une preuve non pertinente et dans la mesure où la majeure partie, sinon la totalité, de la preuve exclue par la disposition contestée en l'espèce n'est pas pertinente, il n'y a pas de question constitutionnelle. Par ailleurs, un accusé n'a pas non plus le droit en vertu de la *Charte*, que ce soit en invoquant le droit à un procès équitable ou le droit à une défense pleine et entière, de présenter une preuve qui entrave et dénature l'appréciation des faits au procès. Les notions de «procès équitable» ou de «défense pleine et entière» ne reconnaissent pas non plus à l'accusé un droit de présenter toute preuve qui pourrait donner lieu à un acquittement. De telles propositions confèrent à l'art. 7 et à l'al. 11d) une interprétation très restrictive et enlèvent un contenu significatif aux notions d'«équité» et de «principes de justice fondamentale».

Puisque l'art. 276 exclut seulement la preuve non pertinente ou préjudiciable, il est acceptable du point de vue constitutionnel. Dans le cadre de toute interprétation significative et fondée sur l'objet des droits en question, l'accusé n'a pas le droit de présenter cette preuve. Plutôt