

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Darryl Gordon Park *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PARK

File No.: 23876.

1994: December 7; 1995: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief in consent — Trial judge refusing to put defence to jury — Accused's conviction overturned on appeal — Whether there was evidence to lend defence an "air of reality" — Nature and proper application of "air of reality" test — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).

The accused was charged with sexual assault. Two weeks before the incident, the complainant and the accused had dated for the first time. The accused testified that later, at her apartment, they became quite intimate, fondling one another's private parts and talking of sex and birth control, and that she masturbated him to ejaculation. She maintains that they only kissed and talked of birth control and about the fact that, as a born again Christian, she did not believe in premarital sex. On the day of the incident, the accused called the complainant early in the morning and she agreed that he could come over. He arrived shortly thereafter and she greeted him at the door with a kiss on the cheek, wearing only her bathrobe. The complainant claims that, a few minutes later, he drew her to him and pushed her onto the bed. She resisted actively but he was stronger. Feeling his weight atop her, she had a flashback to a previous traumatic experience and went into "shock". The next thing she remembered, he was pulling his penis out of her and ejaculating on her stomach. By contrast, the accused testified that she actively participated in the sexual activity and, when things began to get "hot", he prematurely ejaculated on her stomach. No intercourse took place. A medical report from the examination of the complainant indicated the presence of red-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Darryl Gordon Park *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. PARK

N° du greffe: 23876.

1994: 7 décembre; 1995: 22 juin.

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

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

Droit criminel — Agression sexuelle — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Refus du juge du procès de soumettre le moyen de défense à l'appréciation du jury — Déclaration de culpabilité de l'accusé infirmée en appel — Y a-t-il une preuve qui confère une «vraisemblance» au moyen de défense? — Nature du test de la «vraisemblance» et façon dont il convient de l'appliquer — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle. Deux semaines avant l'incident, la plaignante et l'accusé avaient fait une sortie ensemble pour la première fois. L'accusé a témoigné que, plus tard, à l'appartement de la plaignante, ils ont eu des rapports assez intimes, qu'ils se sont caressés les parties génitales, qu'ils ont parlé de sexe et de contraception, et qu'elle l'a masturbé jusqu'à éjaculation. La plaignante soutient qu'ils n'ont fait que s'embrasser et parler de contraception et du fait qu'en tant que chrétienne régénérée elle ne croyait pas aux rapports sexuels avant le mariage. Le jour de l'incident, l'accusé a appelé la plaignante tôt le matin et elle a accepté qu'il aille faire un tour chez elle. Il est arrivé peu après et elle l'a accueilli à la porte, vêtue seulement d'un peignoir, en lui donnant un baiser sur la joue. La plaignante prétend que, quelques minutes plus tard, il l'a attirée à lui et l'a ensuite poussée sur le lit. Elle dit avoir résisté activement, mais qu'il était plus fort qu'elle. Quand elle a senti son poids sur elle, une expérience traumatisante qu'elle avait déjà vécue lui est revenue à la mémoire et elle est tombée dans un état de «choc». Ce dont elle se rappelle ensuite, c'est qu'après avoir retiré son pénis, l'accusé a éjaculé sur son ventre. L'accusé, par contre, a témoigné qu'elle avait participé activement aux actes sexuels et que, lorsque l'atmosphère a com-

ness on the inner labia which could be consistent with either consensual or non-consensual intercourse. At trial, the accused's defence was that the complainant consented to the sexual activity or, in the alternative, that he had an honest but mistaken belief that she was consenting. The trial judge refused to put the mistaken belief defence to the jury, finding there to be no air of reality to it, and concluding that the issue was simply one of "consent or no consent". The accused was convicted. On appeal, the majority of the Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial, holding that the trial judge erred in not putting the mistaken belief defence to the jury.

Held: The appeal should be allowed and the conviction restored.

Per Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and McLachlin J.J.: Subject to the following reservation, L'Heureux-Dubé J.'s reasons were agreed with. No comment should be made on the interaction of consent and mistake of fact in a sexual assault situation since it is not necessary to deal with these matters in deciding this appeal.

Per L'Heureux-Dubé J.: Before any defence can be left with a jury, it must have an "air of reality". The "air of reality" test is a legal threshold, not a factual one. The trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted. He is not concerned with the weight of evidence or with assessments of credibility.

In sexual assault cases, where the accused asserts that the complainant actually consented, it is artificial to inquire further into whether he also expressed a belief that she was consenting. The absence or presence of an actual statement indicating a belief in consent is of no consequence in all but the most unusual of cases. Presuming that the accused is *de facto* asserting such a belief, the more fundamental question is whether that belief is an honest one, capable of supporting the defence of honest but mistaken belief in consent.

mencé à «se réchauffer», il a éjaculé prématurément sur le ventre de la plaignante. Il n'y a pas eu de rapports sexuels. Un rapport dressé à la suite de l'examen médical de la plaignante indiquait une rougeur aux petites lèvres qui pouvait résulter de relations sexuelles avec ou sans consentement. Au procès, l'accusé a soutenu, pour sa défense, que la plaignante avait consenti aux actes sexuels ou, subsidiairement, qu'il avait, sincèrement mais à tort, cru qu'elle consentait. Le juge du procès a refusé de soumettre au jury la défense de croyance erronée, concluant que ce moyen de défense n'avait aucune vraisemblance et qu'il s'agissait simplement d'une question de «consentement ou [d']absence de consentement». L'accusé a été reconnu coupable. En appel, la Cour d'appel à la majorité a annulé la déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès, concluant que le juge du procès avait commis une erreur en ne soumettant pas la défense de croyance erronée à l'appréciation du jury.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et le verdict de culpabilité est rétabli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier, Cory et McLachlin: Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés sauf en ce qui concerne la réserve suivante. Aucun commentaire ne devrait être fait sur l'interaction du consentement et de l'erreur de fait dans le contexte de l'agression sexuelle, puisqu'il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions pour trancher le présent pourvoi.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour qu'un moyen de défense soit soumis à l'appréciation d'un jury, il doit être «vraisemblable». Le test de la «vraisemblance» est une norme juridique et non pas factuelle. Le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle est acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l'acquittement. Il ne s'intéresse pas à la force probante des éléments de preuve ni à des évaluations de crédibilité.

Dans le cas d'agressions sexuelles, lorsque l'accusé affirme que la plaignante était vraiment consentante, il est factice de s'enquérir plus avant s'il a aussi dit croire qu'elle était consentante. L'existence ou l'absence de déclaration spécifique faisant état d'une croyance au consentement ne porte à conséquence que dans les cas les plus inusités. Présument que l'accusé allègue effectivement une telle croyance, la question plus fondamentale est de savoir s'il est question d'une croyance sincère, susceptible de justifier la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Essentially, for there to be an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief in consent, the totality of the evidence for the accused must be reasonably and realistically capable of supporting that defence. Although there is not, strictly speaking, a requirement that the evidence be corroborated, that evidence must amount to something more than a bare assertion. There must be some support for it in the circumstances. The presence of "independent" evidence supporting the accused's testimony will only have the effect of improving the chances of the defence. The judge's role is limited to ascertaining whether the accused has discharged the evidentiary burden imposed by s. 265(4) of the *Criminal Code*.

What is relevant to a possible defence of honest but mistaken belief is the account of the events that took place at the time of the sexual assault, as well as any additional relevant and admissible information explaining why the accused might have honestly interpreted those events at that time to be consistent with consent. In certain cases, evidence of prior sexual activity between the two parties may be relevant in this respect. An honest belief that the complainant would consent is, by itself, not a defence to sexual assault where the accused is aware of, or wilfully blind or reckless as to, lack of consent at the time of the sexual activity. Only where an accused entertains an honest belief that the complainant actually does consent does this mistake render the sexual assault non-culpable. When the complainant and the accused give similar versions of the facts, and the only material contradiction is in their interpretation of what happened, then the defence of honest but mistaken belief in consent should generally be put to the jury, except in cases where the accused's conduct demonstrates recklessness or wilful blindness to the absence of consent. When the complainant's and the accused's versions conflict materially or are diametrically opposed on this point, then the defence can be left with the jury if it is realistically possible for a properly instructed jury, acting judiciously, to splice some of each person's evidence with respect to the encounter, and settle upon a reasonably coherent set of facts, supported by the evidence, that is capable of sustaining the defence of mistaken belief in consent. If the versions cannot realistically be spliced in such a manner, then the issue really is purely one of credibility — of consent or no consent — and the defence should not be put to the jury.

Essentiellement, pour que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement soit «vraisemblable», il faut que l'ensemble de la preuve produite pour l'accusé soit, d'une manière raisonnable et réaliste, susceptible d'étayer ce moyen de défense. Bien qu'il n'y ait, à vrai dire, aucune exigence de corroboration de la preuve, celle-ci doit être plus qu'une simple assertion. Les circonstances doivent l'appuyer de quelque manière. L'existence d'une preuve «indépendante» appuyant le témoignage de l'accusé n'aura pour effet que d'améliorer les chances de la défense. Le rôle du juge ne consiste qu'à vérifier si l'accusé s'est acquitté du fardeau de preuve que lui impose le par. 265(4) du *Code criminel*.

Ce qui est pertinent relativement à une éventuelle défense de croyance sincère mais erronée est le récit des événements qui se sont déroulés lors de l'agression sexuelle, ainsi que toute autre information pertinente et admissible qui explique pourquoi l'accusé aurait pu sincèrement, à l'époque, interpréter ces événements comme traduisant un consentement. Dans certains cas, la preuve d'actes sexuels antérieurs entre les deux parties peut être pertinente à cet égard. La croyance sincère que la plaignante consentirait ne constitue pas en soi une défense en matière d'agression sexuelle lorsque, au moment des actes sexuels, l'accusé est au courant de l'absence de consentement, l'ignore volontairement ou ne s'en soucie pas. Ce n'est que si l'accusé croit sincèrement que la plaignante est effectivement consentante que l'erreur rend non coupable l'agression sexuelle. Lorsque la plaignante et l'accusé donnent une version semblable des faits et que la seule contradiction importante réside dans leur interprétation de ce qui est survenu, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement devrait alors généralement être soumise à l'appréciation du jury, sauf dans les cas où la conduite de l'accusé montre qu'il a ignoré volontairement l'absence de consentement ou qu'il ne s'en est pas soucié. Lorsque le récit de la plaignante et celui de l'accusé sont sensiblement ou diamétralement opposés à cet égard, le moyen de défense peut alors être soumis au jury si un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit judicieusement peut, de façon réaliste, retenir une partie du témoignage de chacun des intéressés relativement à l'incident pour en arriver à un ensemble de faits, raisonnablement cohérent et appuyé par la preuve, qui soit susceptible de justifier la défense de croyance erronée au consentement. S'il n'est pas réaliste de combiner ainsi les récits, alors il s'agit vraiment d'une simple question de crédibilité — de consentement ou d'absence de consentement —, et le moyen de défense ne devrait pas être soumis à l'appréciation du jury.

There is no air of reality to a particular defence, and therefore no need to put it to the jury, where: (1) the totality of the evidence for the accused is incapable of amounting to the defence being sought; or (2) the totality of the evidence for the accused is clearly logically inconsistent with the totality of evidence which is not materially in dispute. These standards should be viewed realistically, and not evaluated according to purely speculative or hypothetical extremes. What is truly important to the "air of reality" test in respect of a particular defence is that the evidence said to provide some basis for the defence must actually relate to, and support, that particular defence. Evidence going to an ancillary issue or failing to address a clear and undisputed logical inconsistency in an accused's claim to the honest mistake defence will not, itself, be sufficient to lend that defence an air of reality.

The *actus reus* of sexual assault requires that the Crown demonstrate a touching of a sexual nature, combined with a lack of actual consent to that touching, while the *mens rea* is established by showing that the accused intended to touch the complainant in a manner that is sexual, and knew of, or was reckless or wilfully blind to, the fact that the complainant was not consenting to that touching. However, in reinforcing the view that sexual activity is consensual in the absence of communicated non-consent, the current common law approach to the *mens rea* of sexual assault may perpetuate social stereotypes that have historically victimized women and undermined their equal right to bodily integrity and human dignity. The primary concern animating and underlying the present offence of sexual assault is the belief that women have an inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in. The criminal law must be responsive to women's realities, rather than a vehicle for the perpetuation of historic repression and disadvantage. The common law governing the *mens rea* of sexual assault should be approached having regard to s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and it should be accepted that the *mens rea* for sexual assault is also established by showing that the accused was aware of, or reckless or wilfully blind to, the fact that consent was not communicated. As a practical matter, therefore, the principal considerations that are relevant to this defence are (1) the complainant's actual communicative behaviour, and (2) the totality of the admissible and relevant

Un moyen de défense donné n'est pas vraisemblable et n'a donc pas à être soumis à l'appréciation du jury lorsque (1) l'ensemble de la preuve de l'accusé ne permet pas d'établir la défense invoquée, ou (2) l'ensemble de la preuve de l'accusé est manifestement et logiquement inconciliable avec l'ensemble de la preuve qui n'est pas sérieusement contestée. Ces normes devraient être considérées d'une manière réaliste et ne devraient pas être évaluées en fonction de situations extrêmes purement conjecturales ou hypothétiques. Ce qui est vraiment important, aux fins de l'application du test de la «vraisemblance» à un moyen de défense particulier, c'est que la preuve qui, dit-on, justifie dans une certaine mesure ce moyen de défense doit vraiment se rapporter à ce moyen de défense particulier et l'appuyer. La preuve qui concerne une question accessoire ou qui ne porte pas sur une contradiction manifeste et incontestée, du point de vue de la logique, que renferme la défense d'erreur honnête invoquée par l'accusé ne sera donc pas suffisante en soi pour rendre vraisemblable ce moyen de défense.

Pour établir l'*actus reus* de l'agression sexuelle, le ministère public doit faire la preuve d'attouchements de nature sexuelle et de l'absence de consentement réel à ces attouchements, alors que la preuve de la *mens rea* se fait en démontrant que l'accusé voulait se livrer à des attouchements sexuels sur la plaignante et qu'il savait que celle-ci ne consentait pas à ces attouchements, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Cependant, en renforçant le point de vue selon lequel, en l'absence d'une communication de non-consentement, il y a consentement à l'acte sexuel, la façon dont la common law aborde actuellement la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle risque de perpétuer des stéréotypes sociaux qui, dans le passé, ont nui aux femmes et miné leur droit égal à l'intégrité physique et à la dignité de leur personne. À l'heure actuelle, l'infraction d'agression sexuelle procède surtout de la croyance que les femmes ont le droit inhérent d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent. Le droit criminel doit tenir compte des réalités que vivent les femmes, et ne pas servir à perpétuer la répression et les désavantages historiques. La common law qui régit la *mens rea* de l'agression sexuelle devrait être abordée à la lumière de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et on devrait accepter que la *mens rea* de l'agression sexuelle est également établie par la preuve que l'accusé savait qu'aucun consentement n'était exprimé, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. En pratique, les principaux facteurs pertinents quant à ce moyen de défense sont donc (1) le comportement com-

evidence explaining how the accused perceived that behaviour to communicate consent. Everything else is ancillary. Although consent may exist in the mind of the woman without being communicated in any form, it cannot be accepted by a reasonable finder of fact as having been honestly perceived by the accused without first identifying the behaviour that led the accused ostensibly to believe that the complainant was consenting. If the accused is unable to point to evidence tending to show that the complainant's consent was communicated, then he risks a jury concluding that he was aware of, or reckless or wilfully blind to, the complainant's absence of consent.

The trial judge was correct in not putting the defence of mistake of fact to the jury. There was nothing in the totality of this evidence, coming from either the complainant or the accused, to lend any air of reality to the possibility that the accused may have held a mistaken belief as to her consent. Nor would it have been possible for a reasonable jury to splice together some of her evidence and some of his with respect to the encounter, and to settle upon a reasonably coherent set of facts that could support the defence of mistaken belief in consent. The dissimilarities between the alleged assault and the sexual activities that took place in the encounter two weeks earlier can only lead to the conclusion that the evidence of that encounter was neither relevant to, nor capable of supporting, an honest belief on the part of the accused that the complainant was consenting at the time of the assault. The factors listed by the Court of Appeal as lending an air of reality to that defence were all only capable, if anything, of supporting a belief on the part of the accused that the complainant would consent, not a belief that she did in fact consent. None of the factors relate in any realistic way to the events that actually took place at the time of the alleged sexual assault.

Per Sopinka J.: While many of L'Heureux-Dubé J.'s comments with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent were agreed with, it is unnecessary and undesirable to attempt to define exhaustively the constituents of the defence in this case. It is a simpler task to delimit the absence of an air of reality than to define in law its constituent components. In this appeal, the appropriate question is whether there was some evidence that the accused honestly believed that the complainant consented to intercourse. The com-

municatif proprement dit de la plaignante et (2) l'ensemble des éléments de preuve admissibles et pertinents qui expliquent comment l'accusé a perçu ce comportement comme exprimant un consentement. Tout le reste est secondaire. Bien que le consentement puisse exister dans l'esprit d'une femme sans qu'il soit communiqué de quelque façon, un juge des faits raisonnable ne saurait accepter que ce consentement a été perçu sincèrement par l'accusé, sans d'abord cerner le comportement qui, en apparence, l'a amené à croire que la plaignante était consentante. Si l'accusé est incapable de produire un élément de preuve tendant à démontrer que la plaignante a communiqué son consentement, il court alors le risque qu'un jury conclue qu'il savait que la plaignante n'était pas consentante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié.

Le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury la défense d'erreur de fait. Rien dans l'ensemble de cette preuve, qu'il s'agisse du témoignage de la plaignante ou de celui de l'accusé, ne conférerait la moindre vraisemblance à la possibilité que l'accusé ait pu croire à tort que la plaignante était consentante. Un jury raisonnable n'aurait pas pu non plus combiner des éléments du témoignage de la plaignante et du témoignage de l'accusé concernant l'incident, de manière à constituer un ensemble relativement cohérent de faits susceptibles d'appuyer la défense de croyance erronée au consentement. Les différences entre la prétendue agression et les actes sexuels qui ont eu lieu lors de la rencontre survenue deux semaines auparavant ne peuvent que conduire à la conclusion que la preuve de cette rencontre n'était ni pertinente relativement à la croyance sincère, chez l'accusé, que la plaignante était consentante au moment de l'agression, ni susceptible de justifier cette croyance. Tous les facteurs énumérés par la Cour d'appel comme conférant une vraisemblance à ce moyen de défense n'étaient tout au plus susceptibles que d'étayer une croyance, chez l'accusé, que la plaignante consentirait, et non qu'elle a effectivement consenti. Aucun de ces facteurs ne se rapporte de façon réaliste à ce qui s'est effectivement produit lors de la prétendue agression sexuelle.

Le juge Sopinka: Bien qu'un bon nombre des commentaires du juge L'Heureux-Dubé relativement à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement soient acceptés, il est inutile et peu souhaitable de tenter de déterminer exhaustivement les éléments constitutifs du moyen de défense invoqué en l'espèce. Il est plus simple de déterminer l'absence de vraisemblance que d'en définir en droit les éléments constitutifs. Dans le présent pourvoi, la question qu'il convient de se poser est de savoir s'il y avait une preuve que l'accusé a

plainant's evidence was of no assistance to the accused as he testified that no intercourse took place. This is inconsistent with a belief in consent to intercourse.

Per Cory, Iacobucci and Major JJ.: The trial judge did not err in withholding from the jury the defence of honest but mistaken belief in consent because he was entitled to conclude that there was, in all the circumstances of the case, no air of reality to the defence. In effect, the accused denied that any intercourse occurred but, alternately, argues that if it did occur, he thought there was consent. In these circumstances, it makes no sense to apply the air of reality defence to such an inconsistent position. As well, the trial judge committed no error in ruling that evidence of previous sexual activity was inadmissible.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Livermore* (1994), 18 O.R. (3d) 221; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(1), (2), (4).

Authors Cited

Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape.
Report of the Advisory Group on the Law of Rape.
London: HMSO, 1975.

Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233.

cru sincèrement que la plaignante consentait aux relations sexuelles. Le témoignage de la plaignante n'est d'aucune utilité à l'accusé puisqu'il a témoigné qu'il n'y avait pas eu de relations sexuelles. Cela est inconciliable avec la croyance qu'il y avait consentement aux relations sexuelles.

Les juges Cory, Iacobucci et Major: Le juge du procès n'a commis aucune erreur en refusant de soumettre à l'appréciation du jury la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement puisque, compte de tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il pouvait conclure que ce moyen de défense n'avait aucune vraisemblance. En effet, l'accusé a nié qu'il y avait eu des relations sexuelles, tout en faisant valoir subsidiairement que, s'il y en a eu, il a cru qu'elles étaient consensuelles. Dans ces circonstances, il n'est pas logique d'appliquer la défense de la vraisemblance à une position aussi incohérente. En outre, le juge du procès n'a commis aucune erreur en déclarant inadmissible la preuve d'actes sexuels antérieurs.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *R. c. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Livermore* (1994), 18 O.R. (3d) 221; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1), (2), (4).

Doctrine citée

Grande-Bretagne. Advisory Group on the Law of Rape.
Report of the Advisory Group on the Law of Rape.
London: HMSO, 1975.

Vandervort, Lucinda. «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233.

Wiener, Robin D. "Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape" (1983), 6 *Harv. Women's L.J.* 143.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 207, 55 W.A.C. 207, allowing the accused's appeal from his conviction by Waite J. on a charge of sexual assault, and directing a new trial. Appeal allowed and conviction restored.

Paul C. Bourque, for the appellant.

Alan S. Rudakoff, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

1 LAMER C.J. — I have read the reasons for judgment written by my colleague Justice L'Heureux-Dubé and, for the reasons given by her, I agree that the Crown's appeal should be allowed and the conviction restored. I would like, however, to express one reservation.

2 My reservation concerns the "Mistake of Fact and Consent" section of the analysis by L'Heureux-Dubé J., which deals with the interaction of consent and mistake of fact in a sexual assault situation. I prefer to make no comment on this subject since it is not necessary to deal with these matters in deciding this appeal. As this Court did not have the benefit of any argument on the aspects discussed by my colleague in this section, I would prefer to reserve these matters for another time.

The following are the reasons delivered by

3 L'HEUREUX-DUBÉ J. — The respondent was charged with sexual assault as a result of events that took place at the complainant's home early in the morning of November 25, 1991. At trial, his defence was that the complainant consented to the sexual activities engaged in or that, in the alternative, he held an honest but mistaken belief that she

Wiener, Robin D. «Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape» (1983), 6 *Harv. Women's L.J.* 143.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1993), 145 A.R. 207, 55 W.A.C. 207, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité prononcée par le juge Waite relativement à une accusation d'agression sexuelle, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et verdict de culpabilité rétabli.

Paul C. Bourque, pour l'appelante.

Alan S. Rudakoff, pour l'intimé.

Le jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Gonthier, Cory et McLachlin a été rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs de jugement rédigés par ma collègue le juge L'Heureux-Dubé et, pour les motifs qu'elle expose, je conviens que le pourvoi du ministère public doit être accueilli et le verdict de culpabilité rétabli. Je désire cependant apporter une réserve à mon appui.

Ma réserve concerne la partie «L'erreur de fait et le consentement» de l'analyse du juge L'Heureux-Dubé, qui traite de l'interaction du consentement et de l'erreur de fait dans le contexte de l'agression sexuelle. Je préfère ne faire aucun commentaire sur ce sujet puisqu'il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions pour trancher le présent pourvoi. Comme nous n'avons pu bénéficier d'aucune argumentation sur les aspects abordés par ma collègue dans cette partie, je préférerais réserver ces questions pour une autre occasion.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'intimé a été accusé d'agression sexuelle à la suite d'événements survenus chez la plaignante tôt le matin du 25 novembre 1991. Au procès, il a allégué en défense que la plaignante avait consenti aux actes sexuels en question ou, subsidiairement, qu'il avait cru sincèrement mais à tort qu'elle y consentait. Le

consented to those activities. The trial judge concluded that the facts of the case did not lend the mistaken belief defence any “air of reality”, and therefore declined to put it to the jury. The respondent was convicted. On appeal, his conviction was overturned and a new trial ordered. The Crown appeals to this Court as of right on the question of both the nature and the proper application of the “air of reality” test to the mistake of fact defence in the context of a sexual assault.

I. Relevant Statutory Provisions

At the time of the offence, the following were the relevant provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

265. (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;

...

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault, sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm and aggravated sexual assault.

...

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

II. Facts and Judgments

In early November 1991, the complainant and the respondent met in a parking lot when the respondent helped her remove her car from an icy spot. He asked for her phone number. She agreed. Approximately one week later, on November 12,

juge du procès a conclu que les faits de l'affaire ne conféraient aucune «vraisemblance» à la défense de croyance erronée et il a donc refusé de la soumettre à l'appréciation du jury. L'intimé a été déclaré coupable. En appel, sa déclaration de culpabilité a été infirmée et un nouveau procès a été ordonné. Le ministère public se pourvoit de plein droit devant notre Cour sur la question tant de la nature du test de la «vraisemblance», que de la façon dont il convient de l'appliquer à la défense d'erreur de fait dans le contexte d'une agression sexuelle.

I. Les dispositions législatives pertinentes

Au moment de l'infraction, les dispositions pertinentes du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, étaient les suivantes:

265. (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;

...

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

...

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, 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, demande 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. [Je souligne.]

II. Les faits et les jugements

Au début de novembre 1991, l'intimé a rencontré la plaignante dans un parc de stationnement, lorsqu'il l'a aidée à dégager sa voiture d'une plaque de glace. L'intimé lui a demandé son numéro de téléphone et elle le lui a donné. Environ

4

5

they went out on a date and subsequently returned to her place. He says that they became quite intimate, removed substantially all of their clothing, fondled one another's private parts, talked of sex and birth control, and that she masturbated him to ejaculation. She maintains that they only kissed, talked of birth control, and talked about the fact that, as a born again Christian, she did not believe in premarital sex. Nothing else happened and he left at around 9:45 p.m.

une semaine plus tard, soit le 12 novembre, ils ont fait une sortie ensemble, après quoi ils sont rentrés chez elle. L'intimé prétend qu'ils ont eu des rapports assez intimes, qu'ils se sont presque complètement dévêtus, qu'ils se sont caressés les parties génitales, qu'ils ont parlé de sexe et de contraception, et qu'elle l'a masturbé jusqu'à éjaculation. La plaignante soutient qu'ils n'ont fait que s'embrasser et parler de contraception et du fait qu'en tant que chrétienne régénérée elle ne croyait pas aux rapports sexuels avant le mariage. D'après elle, il ne s'est rien passé d'autre et l'intimé a quitté vers 21 h 45.

6 Thirteen days later, on November 25, the respondent, having driven all night from Winnipeg, called the complainant up at six in the morning from his cellular phone and asked if he could stop by. Although she had just gotten up for work, she assented since she thought he needed to talk. He arrived ten minutes later, having stopped to buy a condom at a nearby store. She greeted him at the door with a kiss on the cheek, clad only in her bathrobe. He entered and beckoned her to the couch and tried to kiss her. At this point, their stories diverge considerably.

Treize jours plus tard, soit le 25 novembre, après être parti de Winnipeg et avoir roulé pendant toute la nuit, l'intimé a appelé la plaignante à six heures du matin de son téléphone cellulaire. Il lui a alors demandé s'il pouvait aller faire un tour chez elle. Même si elle venait de se lever pour se rendre au travail, elle a accepté, croyant qu'il avait besoin de parler. Il est arrivé dix minutes plus tard après s'être acheté un condom à un magasin avoisinant. Elle l'a accueilli à la porte, vêtue seulement d'un peignoir, en lui donnant un baiser sur la joue. Il est entré, lui a fait signe de prendre place sur le sofa et a tenté de l'embrasser. À partir de là, leurs récits divergent considérablement.

7 According to her, she pulled away and, seeing the condom in his hand, asked if that was "why [he] came over here". Distraught, she went to her room to take her sleeping 2-year-old child off her bed and took her to another room to change the child's diapers. The respondent followed her. After she had finished, he beckoned the complainant into the bedroom. She followed, thinking that he wanted to "crash", since he had driven all night before arriving at her door. She began to look in her closet for clothes to wear to work when she turned around and saw that the respondent had taken his shirt off. She claims that he drew her to him and kissed her and then pushed her onto the bed. She resisted actively, both verbally and physically, but he was stronger. She described in considerable detail the assault. Feeling his weight atop her, she had a flashback to a previous traumatic experience and went into "shock". The next thing

D'après la plaignante, elle s'est dégagee et, apercevant le condom que l'intimé tenait à la main, lui a demandé si c'était là [TRADUCTION] «la raison de [sa] visite». Affolée, elle est allée dans sa chambre prendre sa petite fille de deux ans qui dormait dans son lit, et l'a emmenée dans une autre pièce afin de changer sa couche. L'intimé l'a suivie. Après qu'elle eut terminé, il lui a fait signe de venir dans la chambre à coucher. La plaignante l'a suivi, croyant qu'il voulait [TRADUCTION] «s'étendre», étant donné qu'il avait roulé pendant toute la nuit avant d'arriver chez elle. Elle s'est mise à chercher, dans le placard, des vêtements pour aller au travail, puis, se retournant, a constaté que l'intimé avait enlevé sa chemise. Elle prétend qu'il l'a attirée à lui, qu'il l'a embrassée et l'a ensuite poussée sur le lit. Elle dit avoir résisté activement, de façon tant verbale que physique, mais qu'il était plus fort qu'elle. La plaignante a fait une descrip-

she remembered, he was pulling his penis out of her and ejaculating on her stomach. She fled to the bathroom, needing to vomit. He dressed and kissed her goodbye on the cheek as he left. The complainant did not go to work that day, but instead went directly to see her counsellor, who testified to the fact of her emotionally agitated state on that particular day.

By contrast, the respondent claims that they sat on her couch and kissed, and that he then asked to use the washroom. The complainant then took her sleeping child back to the child's bedroom, and the two of them entered the complainant's bedroom where they lay on the bed and began to kiss. She actively participated in the sexual activity. Her only resistance was that, when he pulled out the condom, she said "no, not yet". He therefore put the condom aside on the pillow. In his words, things then began to get "hot" and he prematurely ejaculated on her stomach. No intercourse took place. They talked for a short period of time. She got up and went to the bathroom. He dressed, kissed her goodbye and left.

At trial, the respondent asserted that the complainant consented to the sexual activity or, in the alternative, that he had an honest but mistaken belief that she was consenting. Both the complainant and the respondent testified. A report from the medical examination of the complainant was admitted into evidence in an agreed-upon statement of facts. That report indicated no physical injury, but noted the presence of redness on the inner labia which could be consistent with either consensual or non-consensual intercourse. The trial judge refused to put the mistaken belief defence to the jury, finding there to be no air of

tion très détaillée de l'agression. Quand elle a senti son poids sur elle, une expérience traumatisante qu'elle avait déjà vécue lui est revenue à la mémoire et elle est tombée dans un état de « choc ». Ce dont elle se rappelle ensuite, c'est qu'après avoir retiré son pénis, l'intimé a éjaculé sur son ventre. Prise d'une nausée, elle s'est enfuie dans la salle de bains. Quant à l'intimé, il s'est rhabillé et, en partant, l'a saluée en lui donnant un baiser sur la joue. La plaignante ne s'est pas présentée au travail ce jour-là, mais s'est plutôt rendue directement chez son conseiller qui a témoigné qu'elle était dans un état émotif agité ce jour-là.

L'intimé, par contre, prétend qu'il s'est assis avec la plaignante sur le sofa, qu'ils se sont embrassés et qu'il a ensuite demandé à aller à la salle de toilette. La plaignante a alors remmené, dans sa propre chambre, l'enfant qui dormait, puis ils sont entrés tous les deux dans la chambre à coucher de la plaignante, où ils se sont allongés sur le lit et ont commencé à s'embrasser. Elle a participé activement aux actes sexuels. La seule résistance qu'elle lui a opposée a consisté à dire [TRADUCTION] « non, pas encore », quand il a sorti le condom. Il a donc mis le condom de côté sur l'oreiller. L'atmosphère a alors commencé à [TRADUCTION] « se réchauffer », pour reprendre les termes de l'intimé, et il a éjaculé prématurément sur le ventre de la plaignante. Selon l'intimé, il n'y a pas eu de rapports sexuels. Ils se sont entretenus brièvement. La plaignante s'est ensuite levée et est allée dans la salle de bains. L'intimé, de son côté, s'est rhabillé, a salué la plaignante en l'embrassant et est parti.

Au procès, l'intimé a soutenu que la plaignante avait consenti aux actes sexuels ou, subsidiairement, qu'il avait, sincèrement mais à tort, cru qu'elle consentait. La plaignante et l'intimé ont tous deux témoigné. Un rapport dressé à la suite de l'examen médical de la plaignante a été admis en preuve dans un exposé conjoint des faits. Ce rapport ne faisait état d'aucune lésion corporelle, mais indiquait une rougeur aux petites lèvres qui pouvait résulter de relations sexuelles avec ou sans consentement. Le juge du procès a refusé de soumettre au jury la défense de croyance erronée car, d'après lui, ce moyen de défense n'avait aucune

reality to the defence, and concluding that the issue was simply one of "consent or no consent". Because of his ruling on the mistaken belief defence, he also instructed the jury to disregard all evidence of any sexual activity between the complainant and the respondent prior to the alleged incident, since it was not relevant to any other issue in the trial. The respondent was convicted.

10 McClung J.A., for the majority of the Alberta Court of Appeal (1993), 145 A.R. 207, 55 W.A.C. 207, held the trial judge's failure to put the mistaken belief defence to the jury to be in error. He enumerated certain independent facts that, in his view, lent an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent: the complainant's telephone overture to the respondent, the discussions of her use of birth control, and the fact that she met him with a kiss at 6:10 a.m. on November 25 wearing only her bathrobe. He also held the trial judge's instruction that the jury disregard the prior sexual activity to be in error, since it was relevant to the question of mistaken belief. McFadyen J.A. dissented on the basis that none of the factors pointed to by the majority lent any air of reality to the defence.

III. Analysis

11 The common law has long recognized that a trial judge need not put to the jury defences for which there is no real factual basis or evidentiary foundation. Courts must filter out irrelevant or specious defences, since their primary effect would not be to advance the quest for truth in the trial, but rather to confuse finders of fact and divert their attention from factual determinations that are pertinent to the issue of innocence or guilt. Since this Court's judgment in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, the requirement that such a foundation exist for a defence before it is put to the jury has

vraisemblance. Il s'agissait simplement, a-t-il conclu, d'une question de [TRADUCTION] «consentement ou [d']absence de consentement». En raison de sa conclusion relative à la défense de croyance erronée, le juge du procès a également demandé au jury de faire abstraction de toute preuve d'actes sexuels entre la plaignante et l'intimé avant l'incident reproché, puisqu'elle n'était pertinente relativement à aucune autre question soulevée au procès. L'intimé a été reconnu coupable.

La juge McClung a conclu, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta, à la majorité, (1993), 145 A.R. 207, 55 W.A.C. 207, que le juge du procès avait commis une erreur en ne soumettant pas la défense de croyance erronée à l'appréciation du jury. Il a énuméré certains faits indépendants qui, selon lui, conféraient une vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement: le fait que la plaignante ait donné son numéro de téléphone à l'intimé, les discussions relatives à son utilisation de contraceptifs et le fait qu'elle l'ait accueilli en l'embrassant, vêtue seulement d'un peignoir, à 6 h 10, le 25 novembre. Le juge McClung a conclu, en outre, que le juge du procès avait commis une erreur en demandant au jury de ne pas tenir compte des actes sexuels antérieurs, étant donné qu'ils étaient pertinents relativement à la question de la croyance erronée. Le juge McFadyen a fait valoir, en dissidence, qu'aucun des facteurs soulignés par la cour à la majorité ne conférait de vraisemblance au moyen de défense invoqué.

III. Analyse

La common law reconnaît depuis longtemps qu'un juge du procès n'est pas tenu de soumettre à l'appréciation du jury des moyens de défense qui n'ont aucun fondement réel factuel ou probant. Il incombe aux tribunaux d'écarter tout moyen de défense non pertinent ou spécieux, puisqu'il aurait principalement pour effet non pas d'aider à découvrir la vérité lors du procès, mais bien de semer la confusion dans l'esprit du juge des faits et de détourner son attention de la détermination des faits pertinents quant à l'innocence ou à la culpabilité. Depuis l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, l'exigence qu'un moyen de défense

generally come to be known as the “air of reality” test.

In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. noted that this test applies uniformly to all defences, and that its application to the defence of mistaken belief in consent was only a subset of this broad principle. In *Osolin*, moreover, this Court concluded that the requirement in s. 265(4) of the *Criminal Code* that there be “sufficient evidence” in order for a judge to put the defence of mistake to the jury was essentially a codification of the common law “air of reality” test as it relates to the mistake of fact defence. Although, or perhaps because, several separate judgments were written in *Osolin* on the air of reality test, certain questions regarding that test appear to persist. In an effort to dispel any remaining confusion, it is appropriate to examine briefly the purpose of the “air of reality” threshold before turning to several aspects of its application: the significance of the absence or presence of an actual allegation by the accused of mistaken belief; the extent to which the accused’s version must be corroborated; and the effect on the trial if the accused and the complainant tell diametrically opposed stories. This discussion will be followed by observations that may assist trial judges in identifying circumstances in which there clearly is no air of reality to the honest mistake defence.

A. *The Nature and Purpose of the “Air of Reality” Threshold*

In *Pappajohn*, *supra*, at pp. 126-27, McIntyre J. explained the air of reality test in the following manner:

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.

In *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, he further elaborated upon this standard (at p. 790):

ait un tel fondement, sans quoi il ne sera pas soumis au jury, est généralement appelée le test de la «vraisemblance».

Dans l’arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory fait remarquer que ce test s’applique uniformément à tous les moyens de défense et que son application à la défense de croyance erronée au consentement n’est qu’un aspect de ce principe général. Notre Cour a conclu, en outre, dans l’arrêt *Osolin*, que l’exigence, au par. 265(4) du *Code criminel*, qu’il y ait «preuve suffisante» pour que le juge puisse soumettre la défense d’erreur à l’appréciation du jury, constituait essentiellement une codification du test de la «vraisemblance» reconnu en common law relativement à la défense d’erreur de fait. Même si, ou peut-être même à cause du fait que, dans l’arrêt *Osolin*, plusieurs juges ont rédigé des motifs distincts en ce qui concerne le test de la vraisemblance, certaines questions semblent encore se poser au sujet de ce test. Afin de dissiper toute confusion qui pourrait subsister, il convient d’examiner brièvement l’objet du test de la «vraisemblance» avant d’aborder divers aspects de son application, soit: l’importance que revêt l’existence ou l’absence d’allégation de croyance erronée par l’accusé, la mesure dans laquelle la version de l’accusé doit être corroborée, et l’incidence qu’a sur le procès le fait que les récits de l’accusé et du plaignant soient diamétralement opposés. Cette discussion sera suivie d’observations susceptibles d’aider les juges du procès à identifier les circonstances dans lesquelles la défense d’erreur honnête n’a manifestement aucune vraisemblance.

A. *La nature et l’objet du test de la «vraisemblance»*

Dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, aux pp. 126 et 127, le juge McIntyre explique ainsi le test de la vraisemblance:

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.

Dans l’arrêt *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, le juge McIntyre explicite cette norme (aux pp. 790 et 791):

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

The requirement that the trial judge not enter into assessments of credibility or weighing of evidence is an important factor in the application of this test. The test is the means by which a judge demarcates the limits of the jury's fact-finding responsibilities. A jury must not be invited to speculate on issues that are not realistically before it:

The term "air of reality" simply means that the trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted. If the evidence meets that test then the defence must be put to the jury. This is no more than an example of the basic division of tasks between judge and jury. [Emphasis added.]

(*Osolin, supra*, at p. 682, per Cory J.)

This underlying rationale must be kept first and foremost in the minds of trial judges as they seek to apply the "air of reality" test. It is a legal threshold, not a factual one. It is an error of law for a judge not to put a defence to the jury where an air of reality to that defence exists and it is an error of law to put a defence to a jury where no such air of reality exists. This line can sometimes be a fine one, however, for although we urge trial judges not to descend into the arena of facts, we nonetheless require that they consider nothing less than the "totality of the circumstances" in deciding whether an air of reality exists to found a particular

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

Le fait que le juge du procès n'ait pas à évaluer la crédibilité ni à apprécier la preuve est un facteur important dans l'application de ce test. Ce test est le moyen dont dispose le juge pour délimiter la responsabilité du jury dans la détermination des faits. Il ne faut pas inviter le jury à conjecturer sur des questions dont il n'est pas saisi d'une manière réaliste:

L'expression «vraisemblance» signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l'acquittement. Si la preuve satisfait à ce critère, la défense doit être soumise au jury. Il ne s'agit en fait que d'un exemple de la division fondamentale des tâches respectives du juge et du jury. [Je souligne.]

(*Osolin*, précité, à la p. 682, le juge Cory.)

C'est cette raison d'être sous-jacente que les juges du procès doivent d'abord et avant tout avoir à l'esprit lorsqu'ils cherchent à appliquer le test de la «vraisemblance». Il s'agit d'une norme juridique et non pas factuelle. Commet donc une erreur de droit le juge qui ne soumet pas un moyen de défense à l'appréciation du jury dans un cas où celui-ci est vraisemblable, ou qui soumet à son appréciation un moyen de défense qui ne l'est pas. Cependant, la nuance entre les deux peut parfois être tenue, car, bien que nous exhortions les juges du procès à ne pas descendre dans l'arène des faits, nous exigeons néanmoins qu'ils ne tiennent

defence. These seemingly conflicting requirements can invite analysis that is at best imprecise and at worst reflective of little more than a judicial "gut feeling". Although this matter will be revisited shortly, it is first important to clear up several misconceptions about the application of the "air of reality" test.

B. Application of the "Air of Reality" Threshold

1. Assertion of an Honest Belief in Consent

Some have interpreted this Court's past jurisprudence as suggesting that an accused must actually allege a "belief" in consent, as opposed to asserting the presence of consent itself, in order for there to be a basis for the honest but mistaken belief defence. Both parties to the present appeal, in fact, devote significant argument to the question of whether the accused actually asserted such a belief or whether his failure to assert it precludes him from claiming that defence. Frankly, they are chasing a red herring.

The defence of mistake of fact was described in *Pappajohn, supra*, at p. 148, by Dickson J. (dissenting in the result):

Mistake is a defence . . . 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. [Emphasis added.]

Thus, for instance, if a hunter shoots what he believes to be a deer and subsequently discovers that he has shot a man, then he will likely rely on

compte de rien de moins que de l'«ensemble des circonstances» pour décider s'il existe quelque vraisemblance qui justifie un moyen de défense donné. Ces exigences, apparemment contradictoires, peuvent inciter à une analyse au mieux imprécise et, au pis, ne traduisant rien de plus qu'une «réaction instinctive» du juge. C'est là un point sur lequel je reviendrai plus loin, car il importe d'abord d'écarter certaines conceptions erronées concernant l'application du test de la «vraisemblance».

B. L'application du test de la «vraisemblance»

1. L'allégation de la croyance sincère au consentement

D'aucuns ont interprété la jurisprudence antérieure de notre Cour comme laissant entendre que, pour justifier une croyance sincère mais erronée, l'accusé doit alléguer spécifiquement une «croyance» au consentement par opposition à l'existence du consentement lui-même. En fait, les deux parties dans ce pourvoi ont consacré une bonne partie de leur argumentation à la question de savoir si l'accusé a spécifiquement allégué une telle croyance ou si son omission de le faire le prive de la possibilité d'invoquer ce moyen de défense. Franchement, là n'est pas la question.

Le juge Dickson (dissident quant au résultat) décrit ainsi la défense d'erreur de fait dans l'affaire *Pappajohn*, précitée, à la p. 148:

L'erreur constitue [. . .] 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. [Je souligne.]

Ainsi, par exemple, si un chasseur abat ce qu'il croit être un chevreuil et qu'il découvre par la suite qu'il a atteint une personne, il invoquera alors