

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Able Joshua Esau *Respondent*INDEXED AS: **R. v. ESAU**

File No.: 25409.

1997: March 18; 1997: July 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR THE NORTHWEST TERRITORIES

Criminal law — Sexual assault — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Whether trial judge erred in not putting defence to jury — Whether there was sufficient evidence to give defence “air of reality”.

Criminal law — Sexual assault — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Defence not raised by accused at trial — Whether defence can be raised on appeal.

The accused, a second cousin of the complainant, had sexual intercourse with her after a party at her home. The accused was later charged with sexual assault and tried before a jury. At trial, the accused testified that, in his view, the complainant was in a condition to be “able to control what she was doing”. He said that they kissed each other and then she invited him to come to her bedroom, where they had consensual sexual intercourse. The complainant testified that she was drunk and denied kissing the accused and inviting him to her bedroom. She testified that she had no memory of anything from the time she went to her bedroom until the next morning when she awoke and realized that she had engaged in sexual intercourse. Although she could not remember what occurred, the complainant testified that she would not have consented to intercourse with the accused because they were related. The trial judge charged the jury on the issue of consent, but not on the defence of honest but mistaken belief in consent. Defence counsel did not object. The accused was convicted of sexual assault. On appeal, the Court of Appeal, by majority, allowed the appeal, quashed the conviction and ordered a new trial. The court concluded that there was an “air of

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Able Joshua Esau *Intimé*RÉPERTORIÉ: **R. c. ESAU**N^o du greffe: 25409.

1997: 18 mars; 1997: 10 juillet.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne soumettant pas ce moyen de défense au jury? — Y avait-il une preuve suffisante pour que le moyen de défense invoqué soit «vraisemblable»?

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Moyen de défense non invoqué par l'accusé au procès — Peut-il être invoqué en appel?

L'accusé, cousin issu de germain de la plaignante, a eu des rapports sexuels avec celle-ci après une soirée qui a eu lieu chez elle. L'accusé a, par la suite, été inculpé d'agression sexuelle et a subi son procès devant un jury. Au procès, l'accusé a témoigné que, à son avis, la plaignante était «capable de se maîtriser». Il a dit qu'ils se sont embrassés puis que la plaignante l'a invité à aller dans sa chambre à coucher où ils ont eu des rapports sexuels consensuels. La plaignante a témoigné qu'elle était ivre et a nié avoir embrassé l'accusé et l'avoir invité dans sa chambre. Elle a témoigné ne se souvenir de rien entre le moment où elle est allée dans sa chambre et le lendemain matin, lorsqu'elle s'est rendu compte en se réveillant qu'elle avait eu des rapports sexuels. Bien qu'elle n'ait pu se rappeler ce qui s'était passé, la plaignante a témoigné qu'elle n'aurait pas consenti à des rapports sexuels avec l'accusé parce qu'ils étaient parents. Le juge du procès a donné au jury des directives sur la question du consentement, mais non sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. L'avocat de la défense n'a pas fait d'objection. L'accusé a été reconnu coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel à la majorité a accueilli

reality' to the defence of honest but mistaken belief and that, notwithstanding the failure of defence counsel to raise the issue, the trial judge was obliged to put that defence to the jury.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: Before a court should consider the defence of honest but mistaken belief or instruct a jury on it there must be some plausible evidence in support so as to give an air of reality to the defence. Here, the plausible evidence comes from the testimony of the complainant and the accused and the surrounding circumstances of the alleged sexual assault. The accused's evidence amounted to more than a bare assertion of belief in consent. He described specific words and actions on the part of the complainant that led him to believe that she was consenting. This alone may be enough to raise the defence, but there was more. The complainant's evidence did not contradict that of the accused, as she cannot remember what occurred after she went to her bedroom. In addition there was no evidence of violence, struggle or force. The absence of resistance or violence alone could not raise the defence as it is only one factor that must be considered. Moreover, not only was the testimony of the parties not "diametrically opposed", but even on a slightly stricter test, the parties' stories may be "cobbled together" in a coherent manner. The complainant did not testify that she did not in fact consent, but was only able to say that because she was related to the accused, she would not have consented. The accused's evidence of the complainant's participatory actions, if believed, might lead a jury to conclude that he honestly believed she was consenting despite his being mistaken about her ability to legally consent because of intoxication. This meets the threshold of a plausible explanation of the facts and should have been put to the jury. The question of whether a particular complainant could inadvertently disguise her intoxication, say things or perform acts that raise an honest but mistaken belief in consent is for the jury to determine taking into account all the factors in the case. A court cannot make an *a priori* determination that honest but mistaken belief is impossible when the complainant is intoxicated. Lastly, while passivity by the complainant may not be consent, her absence of memory has to be considered with the evidence of the accused that the complainant

l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement était «vraisemblable» et que, même si l'avocat de la défense n'avait pas soulevé ce point, le juge du procès était tenu de soumettre ce moyen de défense au jury.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major: Pour qu'une cour soit tenue d'examiner la défense de croyance sincère mais erronée ou de donner au jury des directives à cet égard, il doit y avoir une preuve plausible à l'appui de ce moyen de défense de manière à le rendre vraisemblable. En l'espèce, la preuve plausible vient des témoignages de la plaignante et de l'accusé et des circonstances entourant l'agression sexuelle reprochée. Le témoignage de l'accusé constitue davantage qu'une simple affirmation de croyance au consentement. L'accusé a rapporté des paroles et des actes précis de la plaignante, qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. À lui seul, ce témoignage peut donner ouverture au moyen de défense, mais il y a plus. Le témoignage de la plaignante n'a pas contredit celui de l'accusé, car elle ne peut pas se rappeler ce qui s'est passé après qu'elle fut entrée dans sa chambre. De plus, il n'y a aucune preuve de violence, de lutte ou d'emploi de force. L'absence de résistance ou de violence à elle seule ne donnait pas ouverture à ce moyen de défense puisque c'est simplement l'un des facteurs qui doivent être pris en considération. En outre, non seulement les témoignages des parties ne sont pas «diamétralement opposés», mais encore même si l'on applique un critère un peu plus rigoureux, les versions des parties peuvent être «combinées» de manière cohérente. La plaignante n'a pas affirmé que, dans les faits, elle n'avait pas consenti; elle a seulement pu dire que, parce qu'elle-même et l'accusé étaient parents, elle n'aurait pas consenti. S'il est jugé digne de foi, le témoignage de l'accusé sur la participation de la plaignante pourrait amener un jury à conclure qu'il croyait sincèrement qu'elle consentait même s'il se trompait quant à sa capacité de donner un consentement valable en droit à cause de son ivresse. Cela satisfait au critère préliminaire de l'existence d'une explication plausible des faits et il aurait fallu le signaler au jury. Il appartient au jury de déterminer, en fonction de tous les facteurs de l'espèce, si la plaignante a pu dissimuler son ivresse sans le vouloir et dire des choses ou accomplir des actes de nature à susciter une croyance sincère mais erronée au consentement. Un tribunal ne peut pas statuer *a priori* qu'une croyance sincère mais erronée est impossible lorsque la plaignante est ivre. Enfin, bien que la passivité de la plaignante puisse ne

seemed to participate willingly. This is sufficient to justify charging the jury on that defence.

Section 273.2 of the *Criminal Code* was not raised at the trial or on the appeal. Those circumstances restrict this Court's ability to consider the effect of that section.

Although the defence of honest but mistaken belief was not raised at trial, it is not a bar to its being raised on appeal. A trial judge must charge the jury on every defence which has an "air of reality", whether or not that defence is raised by the accused.

Per McLachlin J. (dissenting): Section 273.2 of the *Criminal Code* provides that, in a case of sexual assault, an accused cannot raise the defence of mistaken belief in consent if he did not take "reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting". In this case, where the complainant was on any view of the evidence quite drunk, the absence of any evidence of steps taken by the accused to ascertain consent precludes him from raising the defence.

In any event, an application of the common law principles governing the defence leads to the same result. To put the defence of honest but mistaken belief to the jury, there must be sufficient evidence to give the defence an "air of reality". Mere assertion of belief in consent by the accused will not suffice to give the defence an air of reality. As well, diametrically opposed assertions by the parties — the complainant's clear consent as far as the accused is concerned, and her clear refusal of consent as far as the complainant is concerned — will seldom, if ever, give rise to the defence. Consent for purposes of sexual assault is found in the communication by a person with the requisite capacity by verbal or non-verbal behaviour to another of permission to perform the sexual act. The issue of mistake as to consent must be assessed on the basis of the particular accused person before the court, but the accused cannot have been wilfully blind or reckless. An accused is not entitled to presume consent in the absence of communicative ability and thus cannot raise the defence in the case of an unconscious or incoherent complainant. Passivity without more is also insufficient to provide a basis for the defence. Since the defence of honest but mistaken belief is designed to meet the situation where there has been an

pas valoir consentement, l'absence de souvenirs de sa part doit être examinée en regard du témoignage de l'accusé suivant lequel la plaignante semblait participer volontairement. Cela est suffisant pour justifier qu'on donne des directives au jury sur ce moyen de défense.

L'article 273.2 du *Code criminel* n'a pas été invoqué au procès ni dans le cadre de l'appel. Ces circonstances restreignent la capacité de notre Cour d'examiner l'effet de cette disposition.

Bien que la défense de croyance sincère mais erronée n'ait pas été soulevée au procès, cela n'empêche pas de la soulever en appel. Le juge du procès doit donner des directives au jury sur chaque moyen de défense «vraisemblable», peu importe qu'il ait été invoqué par l'accusé ou non.

Le juge McLachlin (dissidente): L'article 273.2 du *Code criminel* prévoit que, dans un cas d'agression sexuelle, l'accusé ne peut pas invoquer la défense de croyance erronée au consentement s'il n'a pas pris «les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement». En l'espèce, puisque la plaignante était, selon la preuve des parties, complètement ivre, l'absence de preuve quant aux mesures prises par l'accusé pour s'assurer du consentement l'empêche d'invoquer ce moyen de défense.

De toute façon, l'application des principes de common law régissant ce moyen de défense mène au même résultat. Pour soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury, il doit y avoir une preuve suffisante pour que ce moyen de défense soit «vraisemblable». La simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement ne sera pas suffisante pour que le moyen de défense soit vraisemblable. De même, des assertions diamétralement opposées par les parties — le consentement manifeste de la plaignante du point de vue de l'accusé et le refus manifeste du point de vue de la plaignante — donneront rarement pour ne pas dire jamais ouverture à la défense. Le consentement dans le contexte de l'agression sexuelle consiste, pour une personne ayant la capacité requise, à communiquer à autrui, au moyen d'un comportement verbal ou non verbal, la permission d'accomplir l'acte sexuel. La question de l'erreur quant au consentement doit être évaluée en fonction de la personne même de l'accusé traduit en justice, mais ce dernier ne doit pas s'être retranché dans l'ignorance volontaire ni avoir fait preuve d'insouciance. L'accusé n'a pas le droit de présumer un consentement en l'absence d'une capacité de communiquer et ne peut donc pas invoquer ce moyen de défense dans le

honest miscommunication of non-consent, it may arise only where the evidence indicates a situation of ambiguity resulting from the complainant's conduct or external circumstances which the accused, not being wilfully blind or reckless and acting honestly, misinterpreted as consent. The requirements of the defence are thus: (1) evidence that the accused believed the complainant was consenting; (2) evidence that the complainant in fact refused consent, did not consent, or was incapable of consenting; and (3) evidence of ambiguity or equivocality showing how the accused could honestly, and without wilful blindness or recklessness, have mistaken the complainant's lack of consent for consent.

Here, the trial judge did not err in failing to put the defence of honest but mistaken belief to the jury, since it did not realistically arise on the evidence. The complainant and the accused presented divergent and incompatible versions of the events. The accused's evidence is consistent only with capacity and actual consent. The complainant's evidence is consistent with denial of consent or with unconscious incapacity to give consent. Either the complainant would have vehemently refused sex, or she was unconscious and incapable of refusing it. Neither case suggests a situation of ambiguity or equivocality which the accused could honestly have read as capacity and consent. Drunkenness cannot constitute evidence of a situation in which the complainant might appear to be consenting when in fact she was not. If the complainant is so drunk that she is unable to communicate, she is incapable of giving consent, and no question of honest mistake can arise. If she was less drunk and had the capacity to consent, the question for the jury is whether she actually consented or not, depending on whose evidence they accept. Further, the assertion that the complainant's drunkenness and lack of memory raise the defence of honest but mistaken belief depends not on the evidence but on speculation. The law, however, does not permit speculation based on stereotypes but rather demands specific evidence of a state of affairs which could give rise to an honest misapprehension of consent when no consent existed. No such evidence was presented in this case. The complainant's inability to recollect is not in itself evidence of miscom-

cas où la plaignante a perdu conscience ou est incohérente. La simple passivité est également insuffisante pour justifier le recours au moyen de défense. Puisque la défense de croyance sincère mais erronée vise à remédier à la situation où la communication de l'absence de consentement se fait mal, elle ne peut être invoquée que si la preuve révèle une situation prêtant à l'équivoque, soit en raison du comportement de la plaignante, soit en raison de circonstances extérieures, que l'accusé agissant de bonne foi, sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, a interprétée à tort comme un consentement. Les conditions donnant ouverture à ce moyen de défense sont donc les suivantes: (1) la preuve que l'accusé a cru au consentement de la plaignante, (2) la preuve que, dans les faits, la plaignante a opposé un refus, n'était pas consentante ou était incapable de consentir, et (3) une preuve d'ambiguïté ou d'équivoque montrant comment l'accusé a pu, sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, interpréter sincèrement comme un consentement l'absence de consentement de la plaignante.

En l'espèce, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne soumettant pas la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury, puisque la preuve ne donnait pas ouverture d'une façon réaliste à ce moyen de défense. La plaignante et l'accusé ont présenté des versions des événements qui étaient contradictoires et inconciliables. Le témoignage de l'accusé n'est conciliable qu'avec la capacité et le consentement véritable. Le témoignage de la plaignante est compatible avec un refus ou avec l'incapacité de donner un consentement à cause d'une perte de conscience. Soit que la plaignante aurait refusé avec véhémence d'avoir des rapports sexuels, soit qu'elle avait perdu conscience et était incapable d'opposer un refus. Aucun de ces scénarios ne laisse entrevoir une situation ambiguë ou prêtant à l'équivoque que l'accusé aurait pu sincèrement interpréter comme une capacité et un consentement. L'ivresse ne saurait constituer la preuve d'une situation dans laquelle la plaignante pourrait paraître consentante alors qu'en réalité elle ne l'était pas. Si la plaignante est ivre au point de ne pas être en mesure de communiquer, elle est incapable de donner un consentement, et il ne saurait être question d'invoquer l'erreur de bonne foi. Si elle était moins ivre et avait la capacité de consentir, la question à soumettre au jury est de savoir si oui ou non la plaignante a véritablement consenti, selon le témoignage qu'il accepte. En outre, l'affirmation selon laquelle l'ivresse et l'absence de souvenirs de la plaignante donnent ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée repose non pas sur la preuve mais sur

munication. Nor does the absence of evidence of violence support the hypothesis of honest but mistaken belief in consent. If the accused wrongly inferred clear capacity and an active communication of consent from lack of struggle or passivity, he must have been either wilfully blind or dishonest. On the evidence, there were thus only two possible scenarios: either the complainant did not consent to the sexual activity or she had capacity and consented. Neither scenario is consistent with the defence of honest but mistaken belief in consent and there is no evidence to support a third scenario of ambiguity as to capacity or as to what was communicated.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The reasons of McLachlin J. were agreed with. The traditional common law understanding of "lack of consent" as it relates to the *mens rea* in the offence of sexual assault should be changed. The customary focus on the complainant's communication of refusal or rejection of the sexual touching in question should be rejected in favour of an assessment of whether and how the accused ascertained that the complainant was consenting to such activity. The *mens rea* of the offence should be established where the accused is shown to have been aware of or reckless or wilfully blind as to the fact that the complainant has not communicated consent to the activity in question. In determining whether an accused had the requisite culpable state of mind, it is necessary for the trier of fact objectively to examine not only the verbal and behavioural indicators in the evidence of the complainant's subjective state, but also the accused's subjective perception thereof, in light of any relevant circumstances known to him at the time. Where an accused has demonstrated that he honestly, with some basis in the circumstances, misperceived these indicators, and therefore lacked the necessary "culpable mind", the defence of honest but mistaken belief may arise. Here, there was no evidentiary basis for ambiguous communication on the part of the complainant or external circumstances which could have influenced the perceptions of the

des suppositions. Cependant, le droit ne permet pas de faire des suppositions fondées sur des stéréotypes, mais exige plutôt une preuve établissant précisément une situation susceptible d'amener quelqu'un à se méprendre de bonne foi sur le consentement en l'absence d'un consentement. Aucune preuve semblable n'a été présentée en l'espèce. Le fait que la plaignante ne se souvienne de rien n'est pas en soi une preuve de mauvaise communication. L'absence de preuve de violence n'appuie pas non plus l'hypothèse d'une croyance sincère mais erronée au consentement. Si l'accusé a inféré à tort de l'absence de lutte ou de la passivité de la plaignante une capacité manifeste et la communication active d'un consentement, il doit s'être retranché soit dans l'ignorance volontaire, soit dans la mauvaise foi. Compte tenu de la preuve, il n'y avait ainsi que deux scénarios possibles: soit que la plaignante n'a pas consenti à l'activité sexuelle, soit qu'elle avait la capacité requise et a consenti. Aucun de ces scénarios n'est conciliable avec la défense de croyance sincère mais erronée au consentement et il n'existe aucune preuve au soutien d'un troisième scénario selon lequel il y aurait eu équivoque quant à la capacité ou à ce qui a été communiqué.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il y a accord avec les motifs du juge McLachlin. La conception traditionnelle de common law relativement à «l'absence de consentement» comme élément de la *mens rea* requise pour l'infraction d'agression sexuelle devrait être modifiée. Il y a lieu de rejeter l'accent que l'on a habituellement mis sur la communication par la plaignante d'un refus de subir les attouchements sexuels en question et de s'attacher plutôt à la question de savoir si et comment l'accusé s'est assuré du consentement de la plaignante. La *mens rea* requise pour cette infraction devrait également être établie lorsqu'il est démontré que l'accusé savait qu'aucun consentement aux actes en question n'avait été exprimé par la plaignante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Pour déterminer si l'accusé avait l'état d'esprit coupable nécessaire, le juge des faits doit examiner objectivement non seulement les indices relatifs aux échanges verbaux et au comportement subjectif de la plaignante, que comporte la preuve, mais aussi la perception subjective de l'accusé de cet état, à la lumière des circonstances pertinentes qu'il connaissait à ce moment-là. L'accusé qui démontre, sur la base d'éléments de preuve, qu'il s'est mépris de bonne foi sur ces indices et, partant, qu'il n'avait pas l'«intention coupable» nécessaire, peut invoquer la défense de croyance sincère mais erronée. En l'espèce, il n'y a rien dans la preuve qui permette de dire que la communication par la plaignante était ambiguë ou que des circonstances extérieures pourraient avoir

accused. The trial judge was thus correct in not putting the defence to the jury.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3; *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782.

By McLachlin J. (dissenting)

Director of Public Prosecutions v. Morgan, [1976] A.C. 182; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *People v. Rhoades*, 238 Cal. Rptr. 909 (1987); *People v. Williams*, 841 P.2d 961 (1992); *R. v. Darrach* (1994), 17 O.R. (3d) 481; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *People v. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (1975); *People v. Romero*, 215 Cal. Rptr. 634 (1985); *People v. Vasquez*, 281 Cal. Rptr. 661 (1991); *Tyson v. Trigg*, 50 F.3d 436 (1995); *Tyson v. State of Indiana*, 619 N.E.2d 276 (1993); *Commonwealth v. Fionda*, 599 N.E.2d 635 (1992).

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Park, [1995] 2 S.C.R. 836; *State of A.P. v. Murthy*, (1997) 1 S.C.C. 272; *State of Punjab v. Singh*, (1996) 2 S.C.C. 384.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 28. *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 150.1 [ad. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 265(3), (4), 273.2 [ad. 1992, c. 38, s. 1].

Authors Cited

Malm, H. M. "The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape" (1996), 2 *Legal Theory* 147.
Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233.

influencé les perceptions de l'accusé. Le juge du procès a donc eu raison de ne pas soumettre ce moyen de défense au jury.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Director of Public Prosecutions c. Morgan, [1976] A.C. 182; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *People c. Rhoades*, 238 Cal. Rptr. 909 (1987); *People c. Williams*, 841 P.2d 961 (1992); *R. c. Darrach* (1994), 17 O.R. (3d) 481; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *People c. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (1975); *People c. Romero*, 215 Cal. Rptr. 634 (1985); *People c. Vasquez*, 281 Cal. Rptr. 661 (1991); *Tyson c. Trigg*, 50 F.3d 436 (1995); *Tyson c. State of Indiana*, 619 N.E.2d 276 (1993); *Commonwealth c. Fionda*, 599 N.E.2d 635 (1992).

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Park, [1995] 2 R.C.S. 836; *State of A.P. c. Murthy*, (1997) 1 S.C.C. 272; *State of Punjab c. Singh*, (1996) 2 S.C.C. 384.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 28. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 150.1 [aj. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 265(3), (4), 273.2 [aj. 1992, ch. 38, art. 1].

Doctrine citée

Malm, H. M. «The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape» (1996), 2 *Legal Theory* 147.
Vandervort, Lucinda. «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233.

Webster's Third New International Dictionary. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, "consent".
 Wertheimer, Alan. "Consent and Sexual Relations" (1996), 2 *Legal Theory* 89.
 Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*. London: Stevens & Sons, 1978.

APPEAL from a judgment of the Northwest Territories Court of Appeal, [1996] N.W.T.R. 242, [1996] N.W.T.J. No. 51 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction for sexual assault and ordering a new trial. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

M. David Gates and Bernadette Schmaltz, for the appellant.

Adrian C. Wright and Catherine Stark, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major was delivered by

MAJOR J. — This appeal returns the Court to a consideration of the defence of honest but mistaken belief in consent in relation to a charge of sexual assault. This defence has been frequently reviewed in recent cases and these reasons strive only to restate what has previously been said.

I. Facts

The respondent, a second cousin of the complainant, was one of five people present at a party at the complainant's home. At the party a considerable amount of alcohol was consumed. The complainant testified that she was drunk. The respondent testified that, in his view, the complainant was in a condition to be "able to control what she was doing". Other witnesses testified that the complainant looked "pretty drunk".

As the party progressed into the early morning, only the complainant, the respondent and a third

Webster's Third New International Dictionary. Springfield, Mass.: Merriam-Webster, 1986, «consent».

Wertheimer, Alan. «Consent and Sexual Relations» (1996), 2 *Legal Theory* 89.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*. London: Stevens & Sons, 1978.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel des territoires du Nord-Ouest, [1996] N.W.T.R. 242, [1996] N.W.T.J. No. 51 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

M. David Gates et Bernadette Schmaltz, pour l'appelante.

Adrian C. Wright et Catherine Stark, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi ramène devant la Cour la question de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement relativement à une accusation d'agression sexuelle. Ce moyen de défense a été fréquemment examiné dans des décisions récentes et les présents motifs ne font qu'exposer de nouveau ce qui a déjà été dit.

I. Les faits

L'intimé, cousin issu de germain de la plaignante, était l'une des cinq personnes présentes à une soirée donnée chez la plaignante. Une grande quantité d'alcool y a été consommée. La plaignante a témoigné qu'elle était ivre. L'intimé a témoigné que, à son avis, la plaignante était [TRA-DUCTION] «capable de se maîtriser». D'autres témoins ont dit que la plaignante avait l'air [TRA-DUCTION] «passablement ivre».

Aux petites heures du matin, seuls la plaignante, l'intimé et une troisième personne, James Harry,

1

2

3

person, James Harry, remained in the house. Mr. Harry testified that he did not see any unusual behaviour or physical contact between the respondent and the complainant in his presence. He left the house, leaving the complainant and respondent alone. He testified that at that point the complainant was "pretty high".

étaient encore dans la maison. Monsieur Harry a témoigné n'avoir vu aucun comportement inhabituel ni contact physique entre l'intimé et la plaignante. Il a quitté la maison, laissant la plaignante et l'intimé seuls. Il a témoigné que, à ce moment là, la plaignante était [TRADUCTION] «passablement partie».

4 The respondent testified that he and the complainant kissed each other and then the complainant invited him to come to her bedroom where they had consensual sexual intercourse. The complainant denied the kissing and said that she had not invited the respondent to her bedroom. She testified that she had no memory of anything from the time she went to her bedroom until the next morning when she awoke and realized that she had engaged in sexual intercourse. Although she could not remember what occurred, the complainant testified that she would not have consented to intercourse with the accused because they were related.

L'intimé a témoigné que lui et la plaignante se sont embrassés puis que la plaignante l'a invité à aller dans sa chambre à coucher où ils ont eu des rapports sexuels consensuels. La plaignante a nié avoir embrassé l'intimé et l'avoir invité dans sa chambre. Elle a témoigné ne se souvenir de rien entre le moment où elle est allée dans sa chambre et le lendemain matin, lorsqu'elle s'est rendu compte en se réveillant qu'elle avait eu des rapports sexuels. Bien qu'elle n'ait pu se rappeler ce qui s'était passé, la plaignante a témoigné qu'elle n'aurait pas consenti à des rapports sexuels avec l'intimé parce qu'ils étaient parents.

II. Jury Charge

II. L'exposé au jury

5 The respondent was charged with sexual assault. He was tried before a jury. Prior to closing submissions of counsel, the trial judge discussed with counsel the issues in the case and his proposed jury charge. Crown counsel raised the issue of whether or not the accused would be relying on the defence of honest but mistaken belief in consent. Defence counsel's position was that the only issue in the case was actual consent.

L'intimé a été accusé d'agression sexuelle. Il a subi son procès devant un jury. Avant les plaidoiries finales, le juge du procès a discuté avec les avocats des questions en litige et de l'exposé qu'il projetait de faire au jury. Le substitut du procureur général a soulevé la question de savoir si l'accusé entendait invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Selon l'avocat de la défense, la seule question litigieuse était le consentement lui-même.

6 The trial judge charged the jury on the issue of consent, but not on the defence of honest but mistaken belief in consent. Defence counsel did not object. During deliberations, the jury asked a question about consent while impaired and the trial judge recharged the jury on that point.

Le juge du procès a donné au jury des directives sur la question du consentement, mais non sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. L'avocat de la défense n'a pas fait d'objection. Au cours des délibérations, le jury a posé une question sur le consentement d'une personne alors que ses facultés sont affaiblies, et le juge du procès lui a fait un exposé supplémentaire sur ce point.

7 The respondent was convicted of sexual assault. On appeal, the Court of Appeal, by majority,

L'intimé a été reconnu coupable d'agression sexuelle. La Cour d'appel à la majorité a accueilli

allowed the appeal, quashed the conviction, and ordered a new trial: [1996] N.W.T.R. 242.

l'appel, annulé la déclaration de culpabilité et ordonné la tenue d'un nouveau procès: [1996] N.W.T.R. 242.

III. Court of Appeal Judgment

III. L'arrêt de la Cour d'appel

(1) *The Majority*

(1) *La majorité*

Lieberman J.A. (Irving J.A. concurring) noted that neither counsel expressed any objection to the charge, nor made any mention of the absence of instructions on the defence of honest but mistaken belief.

Le juge Lieberman (avec l'appui du juge Irving) a fait remarquer que ni l'un ni l'autre des avocats n'ont formulé d'objection à l'égard de l'exposé ni mentionné l'absence de directives sur la défense de croyance sincère mais erronée.

8

Lieberman J.A. concluded (at p. 245):

Le juge Lieberman a conclu (à la p. 245):

9

The accused was consistent in stating that the act of sexual intercourse took place with the consent and active participation of the complainant. His evidence in this regard may well be interpreted as his belief based on his allegations of the complainant's conduct thus raising the defence of honest but mistaken belief. In this case there was evidence in addition to the bare assertion by the [respondent] that if believed could lead a jury to give effect to that defence. There was, therefore, an 'air of reality' to that defence. In our respectful view, notwithstanding the failure of counsel to raise the issue, the learned trial judge was obliged to put that defence to the jury.

[TRADUCTION] L'accusé a constamment dit que les rapports sexuels ont eu lieu avec le consentement et la participation active de la plaignante. Son témoignage à cet égard peut à juste titre être interprété comme une croyance fondée sur ses allégations quant à la conduite de la plaignante, ce qui soulève la défense de croyance sincère mais erronée. Il y avait dans cette affaire, en plus de la simple affirmation de [l'intimé], des éléments de preuve qui, si on y ajoutait foi, pouvaient amener le jury à retenir ce moyen de défense. Cette défense était donc «vraisemblable». Avec toute la déférence qui s'impose, nous sommes d'avis que, même si l'avocat n'a pas soulevé ce point, le juge du procès était tenu de soumettre ce moyen de défense au jury.

(2) *The Minority*

(2) *La minorité*

Richard J.A., dissenting, found no merit in the appeal from conviction. He stated the trial judge had been alive to the issues raised by the evidence and was correct in concluding that there was no evidence to warrant putting the defence of honest but mistaken belief to the jury. In his opinion the defence lacked the requisite "air of reality".

Le juge Richard, dissident, a conclu que l'appel formé contre la déclaration de culpabilité était mal fondé. Il a dit que le juge du procès avait compris les questions soulevées par la preuve et avait eu raison de conclure que la preuve ne justifiait pas qu'il soumette à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée. À son avis, la défense n'avait pas la «vraisemblance» requise.

10

Richard J.A. pointed out that experienced counsel did not request the trial judge to instruct the jury on this defence. Although this failure was not fatal on appeal, he said it was a factor to be considered in deciding whether there was an air of reality to the mistaken belief defence.

Le juge Richard a fait remarquer que des avocats expérimentés n'ont pas demandé au juge du procès de donner au jury des directives sur ce moyen de défense. Bien qu'elle n'ait pas été fatale en appel, a-t-il dit, cette omission était un facteur dont il fallait tenir compte pour décider si la défense de croyance erronée était vraisemblable.

11

- ¹² Richard J.A. held that the defence of honest but mistaken belief should be rarely invoked in sexual assault cases. In his opinion, the issue was consent or no consent and the jury, by its verdict, did not believe the respondent's testimony.

IV. Analysis

- ¹³ In my opinion, the majority of the Court of Appeal was correct to find an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief. As well, it has long been established that a trial judge must charge the jury on every defence which has an "air of reality", whether or not that defence is raised by the accused.

(1) *Air of Reality*

- ¹⁴ The principal question that arises where the defence of honest but mistaken belief is alleged is whether in all the circumstances of the case there is any reality to it. In *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, L'Heureux-Dubé J. wrote, at para. 20:

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 search for support in the whole body of evidence or circumstances can complement any insufficiency in legal terms of the accused's testimony. The presence of "independent" evidence supporting the accused's testimony will only have the effect of improving the chances of the defence.

In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, McLachlin J. stated at pp. 648-49:

... before any defence can be put to the jury, the evidence must provide a basis for that defence. This requirement is sometimes described by saying that there must be an "air of reality" to the defence. To put a defence to the jury where this "air of reality" is lacking on the evidence would be to risk confusing the jury and to invite verdicts not supported by the evidence.

. . .

In order to give an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief, there must be: (1) evidence

Le juge Richard a conclu que la défense de croyance sincère mais erronée ne devait être invoquée que rarement dans des affaires d'agression sexuelle. À son avis, la question en litige était de savoir s'il y avait eu consentement ou absence de consentement, et le jury, par son verdict, a montré qu'il n'a pas cru le témoignage de l'intimé.

IV. Analyse

À mon avis, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu raison de conclure que la défense de croyance sincère mais erronée était «vraisemblable». Au surplus, il est établi depuis longtemps que le juge du procès doit donner au jury des directives sur chaque moyen de défense «vraisemblable», qu'il ait été plaidé par l'accusé ou non.

(1) *La vraisemblance*

La question principale qui se pose lorsque la défense de croyance sincère mais erronée est invoquée est de savoir si, compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, elle a quelque vraisemblance. Dans *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, le juge L'Heureux-Dubé a écrit au par. 20:

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. La recherche d'un appui dans l'ensemble de la preuve ou des circonstances peut, sur le plan juridique, suppléer à toute carence du témoignage de l'accusé. L'existence d'une preuve «indépendante» appuyant le témoignage de l'accusé n'aura pour effet que d'améliorer les chances de la défense.

Dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge McLachlin a dit aux pp. 648 et 649:

... pour qu'un moyen de défense puisse être soumis au jury, il faut que ce moyen soit étayé par la preuve ou, comme on le dit parfois, qu'il soit «vraisemblable». Présenter un moyen de défense au jury lorsque cette «vraisemblance» ne ressort pas de la preuve serait risquer de semer la confusion chez les jurés et de donner ouverture à des verdicts non fondés sur la preuve.

. . .

Pour que la défense de croyance sincère mais erronée acquière une «vraisemblance», il faut établir les élé-

of lack of consent to the sexual acts; and (2) evidence that notwithstanding the actual refusal, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting.

The evidence of lack of consent in most cases is supplied by the complainant's testimony. To prove honest but mistaken belief, on the other hand, the accused typically testifies that he honestly believed that the complainant consented. Theoretically, such a belief could be asserted in every case, even where it is totally at odds with the evidence as to what happened. So it has been held that the bare assertion of the accused that he believed in consent is not enough to raise the defence of honest but mistaken belief; the assertion must be "supported to some degree by other evidence or circumstances": *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 790. The support may come from the accused or from other sources. . . .

. . . .

[T]he accused's mere assertion of his belief is not evidence of its honesty. The requirement that the belief be honestly held is not equivalent to an objective test of what the reasonable person would have believed. But nevertheless it does require some support arising from the circumstances. A belief which is totally unsupported is not an honestly held belief. A person who honestly believes something is a person who has looked at the circumstances and has drawn an honest inference from them. Therefore, for a belief to be honest, there must be some support for it in the circumstances. The level of support need not be so great as would permit the belief to be characterized as a reasonable belief. But some support there must be.

I conclude from the foregoing that before a court should consider honest but mistaken belief or instruct a jury on it there must be some plausible evidence in support so as to give an air of reality to the defence. Here, the plausible evidence comes from the testimony of the complainant and the respondent and the surrounding circumstances of the alleged sexual assault. The respondent's evidence amounted to more than a bare assertion of belief in consent. He described specific words and actions on the part of the complainant that led him to believe that she was consenting. This alone may be enough to raise the defence. However, there

ments suivants: (1) la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels et (2) la preuve que, malgré le refus réel de la plaignante, l'accusé a cru sincèrement mais erronément qu'elle était consentante.

Dans la plupart des cas, la preuve de l'absence de consentement est fournie par le témoignage de la plaignante. Par contre, l'accusé qui veut établir sa croyance sincère mais erronée déclare habituellement en témoignage qu'il croyait sincèrement que la plaignante était consentante. En théorie, cette croyance pourrait être invoquée dans tous les cas, même lorsqu'elle ne correspond aucunement à la preuve sur les événements. On a donc statué que la simple affirmation que l'accusé croyait au consentement ne suffit pas à donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée; cette affirmation doit en effet être «appuyé[e] dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances»: *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 790. Cet appui peut provenir de l'accusé ou d'autres sources. . . .

. . . .

[L]e simple fait d'affirmer sa croyance ne constitue pas la preuve de sa sincérité. L'exigence d'une croyance sincère n'équivaut pas au critère objectif de la croyance raisonnable, mais elle exige néanmoins un certain appui dans les circonstances. Une croyance totalement non fondée n'est pas une croyance sincère. Celui qui croit sincèrement à un état de fait est celui qui a examiné les circonstances et qui en a tiré une inférence honnête. Pour être sincère, la croyance doit donc découler dans une certaine mesure des circonstances. Son fondement n'a pas à atteindre le degré nécessaire pour qu'une croyance soit qualifiée de raisonnable. Mais il doit y avoir un fondement.

Je conclus de ce qui précède que, pour qu'une cour soit tenue d'examiner la croyance sincère mais erronée ou de donner au jury des directives à cet égard, cette croyance doit d'abord être appuyée par une preuve plausible de façon que la défense acquière une vraisemblance. En l'espèce, la preuve plausible vient des témoignages de la plaignante et de l'intimé et des circonstances entourant l'agression sexuelle reprochée. Le témoignage de l'intimé constitue davantage qu'une simple affirmation de croyance au consentement. Il a rapporté des paroles et des actes précis de la plaignante, qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. À lui

was more. The complainant's evidence did not contradict that of the respondent, as she cannot remember what occurred after she went to her bedroom. In addition there was no evidence of violence, no evidence of a struggle and no evidence of force.

seul, ce témoignage peut donner ouverture au moyen de défense. Cependant, il y a plus. Le témoignage de la plaignante n'a pas contredit celui de l'intimé, car elle ne peut pas se rappeler ce qui s'est passé après qu'elle fut entrée dans sa chambre. De plus, il n'y a aucune preuve de violence, de lutte ou d'emploi de force.

¹⁶ The parties' testimony is usually the most important evidence in sexual assault cases. In *Osolin, supra*, there was debate whether, if the parties' testimony were "diametrically opposed", the defence of mistake should be put to the jury. In the present case, not only was the testimony not "diametrically opposed", but even on a slightly stricter test, the parties' stories may be "cobbled together" in an entirely coherent manner. In *Park, supra*, L'Heureux-Dubé J. stated at para. 25:

... the question is whether, in the absence of other evidence lending an air of reality to the defence of honest mistake, a reasonable jury could cobble together some of the complainant's evidence and some of the accused's evidence to produce a sufficient basis for such a defence. ... Put another way, is it 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?

Les témoignages des parties sont ordinairement les éléments de preuve les plus importants dans les affaires d'agression sexuelle. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, on a débattu la question de savoir s'il convient de soumettre la défense d'erreur au jury lorsque les témoignages des parties sont «diamétralement opposés». En l'espèce, non seulement les témoignages ne sont pas «diamétralement opposés», mais même si l'on applique un critère un peu plus rigoureux, les versions des parties peuvent être «combinées» de manière tout à fait cohérente. Dans l'arrêt *Park*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a dit au par. 25:

La question qui se pose est [...] de savoir si, en l'absence d'autres éléments de preuve conférant une vraisemblance à la défense d'erreur honnête, un jury raisonnable pourrait combiner une partie de la preuve de la plaignante et une partie de la preuve de l'accusé, pour servir de justification suffisante à ce moyen de défense. [...] En d'autres termes, un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit judicieusement peut-il, 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?

¹⁷ The procedure outlined by L'Heureux-Dubé J. applies here in the following way. The accused testified that they had been drinking and engaged in intercourse, with the complainant's consent. The complainant testified that she was drunk and has no memory of anything that happened after she went to her bedroom. She did not testify that she did not in fact consent, but was only able to say that because she and the accused were related, she would not have consented. The appellant Crown argued for a conviction based on, *inter alia*, the theory that as the complainant was intoxicated she was incapable of consenting.

La méthode décrite par le juge L'Heureux-Dubé s'applique ici de la façon suivante. L'accusé a témoigné qu'ils avaient bu et qu'ils ont eu des rapports sexuels, avec le consentement de la plaignante. La plaignante a témoigné qu'elle était ivre et n'a aucun souvenir de ce qui s'est passé après qu'elle fut entrée dans sa chambre. Elle n'a pas affirmé que, dans les faits, elle n'avait pas consenti; elle a seulement pu dire que, parce qu'elle-même et l'accusé étaient parents, elle n'aurait pas consenti. Le ministère public appelant a demandé une déclaration de culpabilité en s'appuyant, entre autres, sur la théorie voulant que, puisqu'elle était ivre, la plaignante était incapable de consentir.

The accused's evidence of the complainant's participatory actions, if believed, might lead a jury to conclude that he honestly believed she was consenting despite his being mistaken about her ability to legally consent because of intoxication. This meets the threshold of a plausible explanation of the facts and should have been put to the jury.

The absence of memory by the complainant as to what happened in the bedroom makes it easier to "cobble together" parts of both the accused and complainant's evidence to reach a reasonable conclusion of honest but mistaken belief. Any number of things may have happened during the period in which she had no memory. The evidence of the accused combined with the lack of memory of the complainant and, as previously noted, the absence of violence, struggle or force, when taken together makes plausible and gives an air of reality to the defence of mistaken belief.

Passivity by the complainant may not be consent: see *R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3. However, the absence of memory by the complainant has to be considered with the evidence of the accused that the complainant seemed to willingly participate. The jury would not need to believe much of the respondent's testimony about what occurred in order to reasonably conclude that he had an honest but mistaken belief in consent. This is sufficient to justify charging the jury on that defence.

The defence of honest but mistaken belief is mandated by both common law and statute. My colleague, Justice McLachlin, in her reasons in this case, narrows the defence to where it practically ceases to exist. The trial judge's role in evaluating the legal standard of "air of reality" as a question of law is a limited one. The strictures placed on the defence by my colleague would expand the role of the trial judge and deny the jury the ability to apply

S'il est jugé digne de foi, le témoignage de l'accusé sur la participation de la plaignante pourrait amener un jury à conclure qu'il croyait sincèrement qu'elle consentait même s'il se trompait quant à sa capacité de donner un consentement valable en droit à cause de son ivresse. Cela satisfait au critère préliminaire de l'existence d'une explication plausible des faits et il aurait fallu le signaler au jury.

Vu que la plaignante ne se souvient pas de ce qui s'est passé dans la chambre, il est plus facile de combiner des parties du témoignage de l'accusé et de la plaignante pour arriver à une conclusion raisonnable de croyance sincère mais erronée. Beaucoup de choses ont pu se produire pendant la période dont elle ne se souvient pas. La combinaison du témoignage de l'accusé et de l'absence de souvenirs de la plaignante avec, rappelons-le, l'absence de violence, de lutte ou d'emploi de force, rend plausible et vraisemblable la défense de croyance erronée.

La passivité de la plaignante peut ne pas valoir consentement: voir *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3. Cependant, l'absence de souvenirs de la plaignante doit être examinée en regard du témoignage de l'accusé suivant lequel la plaignante semblait participer volontairement. Il ne serait pas nécessaire que le jury ajoute foi à une grande partie du témoignage de l'intimé sur ce qui s'est passé pour qu'il tire la conclusion raisonnable que l'intimé croyait sincèrement mais erronément au consentement. Cela est suffisant pour justifier qu'on donne des directives au jury sur ce moyen de défense.

La défense de croyance sincère mais erronée est prescrite par la common law et la loi. Dans les motifs qu'elle prononce en l'espèce, ma collègue le juge McLachlin restreint ce moyen de défense à tel point qu'il cesse pratiquement d'exister. Le rôle du juge du procès dans l'évaluation de la norme juridique de la «vraisemblance» comme question de droit est limité. Les restrictions auxquelles ma collègue assujettit ce moyen de défense élargiraient le rôle du juge du procès et empêcheraient le jury d'apprécier en toute conscience les questions

18

19

20

21

its wisdom to issues that arise in these cases by removing nearly all questions of fact from them.

qui sont soulevées dans ces affaires en lui enlevant presque toutes les questions de fait.

22 In this appeal, it is the totality of the evidence that gives the defence an air of reality. The absence of resistance or violence is only one factor that must be considered alongside the accused's evidence that the complainant did and said things that led him to believe she was consenting. I intended my reasons to conclude that the absence of resistance or violence alone could not raise the defence.

Dans le présent pourvoi, c'est la totalité de la preuve qui rend la défense vraisemblable. L'absence de résistance ou de violence est simplement l'un des facteurs qui doivent être pris en considération avec le témoignage de l'accusé selon lequel la plaignante a dit et fait des choses qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. Mon intention dans mes motifs était de conclure que l'absence de résistance ou de violence à elle seule ne donnait pas ouverture à ce moyen de défense.

23 My colleague's reasons state that I have asserted "that the complainant's drunkenness and lack of memory raise the defence of honest but mistaken belief" (para. 95). These factors were cited merely because they leave the accused's evidence that the complainant did and said things that led him to believe she was consenting uncontradicted. My colleague concludes that the complainant would not for personal reasons have consented. This, in view of the complainant's failure to remember, is no evidence of her denying consent.

Dans ses motifs, ma collègue dit que, selon moi, «l'ivresse et l'absence de souvenirs de la plaignante donnent ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée» (par. 95). J'ai mentionné ces facteurs simplement parce qu'ils ne contredisent pas le témoignage de l'accusé selon lequel la plaignante a dit et fait des choses qui l'ont amené à croire qu'elle était consentante. Ma collègue conclut que la plaignante n'aurait pas donné son consentement pour des raisons personnelles. Compte tenu de l'absence de souvenirs de la plaignante, ce n'est pas une preuve de son refus de consentir.

24 My colleague further posits that an accused could never have an honest but mistaken belief in consent where the complainant is incapable of consent because she is intoxicated. She states that "[s]uch lack of capacity would be obvious to all who see her, except the wilfully blind. This makes any suggestion of honest mistake as to consent implausible" (para. 73). With respect, this conclusion is incorrect, unless it means that the only time a person is legally incapable of giving consent is when they are intoxicated to the point of unconsciousness. The question of whether a particular complainant could inadvertently disguise her intoxication, say things or perform acts that raise an honest but mistaken belief in consent, is for the jury to determine taking into account all the factors in the case. The Court cannot make an *a priori* determination that honest but mistaken belief is impossible when the complainant is intoxicated.

Ma collègue pose en outre le principe qu'un accusé ne peut jamais croire sincèrement mais erronément au consentement lorsque le plaignant est incapable de consentir parce qu'il est ivre. Elle dit que «[c]ette incapacité sautera aux yeux de tous ceux qui voient le plaignant, sauf celui qui se retranche dans l'ignorance volontaire. C'est ce qui rend invraisemblable toute affirmation d'erreur de bonne foi quant au consentement» (par. 73). À mon sens, cette conclusion est erronée, à moins qu'elle ne signifie que le seul moment où une personne est légalement incapable de donner son consentement, c'est lorsqu'elle est ivre au point de perdre conscience. Il appartient au jury de déterminer, en fonction de tous les facteurs de l'espèce, si le plaignant a pu dissimuler son ivresse sans le vouloir et dire des choses ou accomplir des actes de nature à susciter une croyance sincère mais erronée au consentement. La Cour ne peut pas statuer *a priori* qu'une croyance sincère mais erronée est impossible lorsque le plaignant est ivre.

My colleague suggests that there are only two possibilities in this case: “either the complainant would have vehemently refused sex, or she was unconscious and incapable of refusing it” (para. 91). With respect, this is a question for the jury to consider. There is a logical third alternative. The jury could have believed the accused’s testimony that the complainant appeared to consent, but also believed that the complainant was intoxicated to the point of legal incapability. If honest but mistaken belief as a defence is removed in those circumstances, the jury would have no option but to convict. The effect of McLachlin J.’s reasons would usurp the role of the jury when she states that “[t]here is no evidence to support a third scenario of ambiguity as to capacity or as to what was communicated. There is no evidence to indicate that while the complainant appeared to be consenting, she was not” (para. 94). It appears plain on the facts of this case that it was possible for the jury to do just that.

(2) *Defence First Raised on Appeal*

That the defence of honest but mistaken belief was not raised at the trial is not a bar to its being raised on appeal. The trial judge must charge the jury with respect to every defence which has an “air of reality”. See *R. v. Lemky*, [1996] 1 S.C.R. 757, *per* McLachlin J. at para. 12:

It is common ground that the trial judge must instruct the jury on any defence that on the evidence has “an air of reality”: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. The threshold test is met when there is an evidentiary basis for the defence which, if believed, would allow a reasonable jury properly instructed to acquit. See *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

Defence counsel’s decision not to raise the defence may have obscured the issue; however, the obligation remained with the trial judge.

Ma collègue dit qu’il existe seulement deux possibilités en l’espèce: «soit que la plaignante aurait refusé avec véhémence d’avoir des rapports sexuels, soit qu’elle avait perdu conscience et était incapable d’opposer un refus» (par. 91). À mon sens, il appartient au jury d’examiner cette question. Il existe une troisième possibilité logique. Le jury aurait pu ajouter foi au témoignage de l’accusé selon lequel la plaignante paraissait consentante, mais croire aussi que la plaignante était ivre au point d’être légalement incapable. Si la défense de croyance sincère mais erronée est écartée dans ces circonstances, le jury n’aurait d’autre choix que de déclarer l’accusé coupable. Le passage suivant des motifs du juge McLachlin aurait pour effet d’usurper le rôle du jury: «Il n’existe aucune preuve au soutien d’un troisième scénario selon lequel il y aurait eu équivoque quant à la capacité ou à ce qui a été communiqué. Rien ne permet d’affirmer que la plaignante paraissait consentante alors qu’elle ne l’était pas» (par. 94). À l’évidence, compte tenu des faits de l’espèce, c’est exactement ce que le jury avait la possibilité de faire.

(2) *Moyen de défense soulevé pour la première fois en appel*

Le fait que la défense de croyance sincère mais erronée n’ait pas été soulevée au procès n’interdit pas qu’elle le soit en appel. Le juge du procès doit donner des directives au jury sur chaque moyen de défense «vraisemblable». Voir les motifs du juge McLachlin dans l’arrêt *R. c. Lemky*, [1996] 1 R.C.S. 757, le juge McLachlin, au par. 12:

Il est admis que le juge du procès doit donner au jury des directives sur tout moyen de défense “vraisemblable” d’après la preuve: *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. On satisfait au critère préliminaire lorsque la preuve justifie un moyen de défense qui, si on y ajoutait foi, permettrait à un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, de prononcer l’acquittement. Voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

La décision de l’avocat de la défense de ne pas invoquer le moyen de défense a pu masquer la question, mais le juge du procès conservait l’obligation de le soumettre au jury.

27

This point is further strengthened by the wording of s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46:

265. . . .

(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.]

This section essentially codifies the "air of reality" test in relation to the defence of honest but mistaken belief: *Osolin*, *supra*, per Cory J. The use of the mandatory "shall instruct the jury" makes it clear that the defence must go forward whether raised by the accused or not.

28

An accused person is entitled at his or her trial to have all defences which arise on the facts considered by the court. See *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, per McIntyre J., at p. 789: "[i]t is well settled law that in his charge the trial judge must put to the jury all defences that may arise upon the evidence, whether they have been raised by counsel for the defence or not."

V. Conclusion

29

The ability to reconcile the evidence of both the accused and the complainant with an honest but mistaken belief in consent and the circumstances of the alleged offence mandates that the jury should have considered the defence. Section 273.2 of the *Criminal Code* was not raised at the trial or on the appeal. Those circumstances restrict this Court's ability to consider the effect of that section. This is not a case where the only issue is consent or no consent. A new trial is required.

Cette opinion est encore renforcée par le texte du par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46:

265. . . .

(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.]

Essentiellement, ce paragraphe codifie le critère de la «vraisemblance» relativement à la défense de croyance sincère mais erronée: *Osolin*, précité, le juge Cory. L'emploi de l'expression «demande à ce dernier [le jury]» montre clairement que le moyen de défense doit être pris en considération, qu'il ait été invoqué par l'accusé ou non.

Un accusé a droit à ce que, à son procès, la cour examine tous les moyens de défense auxquels les faits donnent ouverture. Voir *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, le juge McIntyre, à la p. 789: «[i]l est bien établi en droit que dans son exposé au jury le juge du procès doit présenter tous les moyens de défense qui peuvent être soulevés d'après les éléments de preuve, qu'ils aient été plaidés par l'avocat de la défense ou non».

V. Conclusion

La possibilité de concilier tant le témoignage de l'accusé que celui de la plaignante avec une croyance sincère mais erronée au consentement dans les circonstances de l'infraction reprochée font que le jury aurait dû examiner ce moyen de défense. L'article 273.2 du *Code criminel* n'a pas été invoqué au procès ni dans le cadre de l'appel. Ces circonstances restreignent la capacité de notre Cour d'examiner l'effet de cette disposition. Il ne s'agit pas d'une affaire où la seule question litigieuse est le consentement ou l'absence de consentement. La tenue d'un nouveau procès s'impose.

30

In the result, I would uphold the decision of Lieberman J.A. in the Court of Appeal, and dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I agree entirely with McLachlin J.'s reasons and the result she reaches. In *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, I similarly advocated altering the traditional common law understanding of "lack of consent" as it relates to the *mens rea* in the offence of sexual assault. This required rejecting the customary focus on the complainant's communication of refusal or rejection of the sexual touching in question in favour of an assessment of whether and how the accused ascertained that the complainant was consenting to such activity. The *mens rea* for sexual assault should, therefore, also be established where the accused is aware of, or reckless or wilfully blind to, an absence of communicated consent on the part of the complainant.

In that case, at para. 2, while concurring in the reasons for judgment and the result I reached, Lamer C.J., writing for a majority of the Court, expressed the following reservation about the section of my analysis where I had elaborated this new approach to consent:

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.

As McLachlin J. has now adopted this understanding of consent in her reasons in the present appeal, some elaboration of the general principles and rationale as articulated in *Park, supra*, is in order.

In *Park, supra*, after clarifying a number of difficulties which relate to the nature and application of the "air of reality" test to honest belief defences, I observed that these appear to flow from our

En définitive, je suis d'avis de confirmer la décision du juge Lieberman de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Je souscris entièrement aux motifs de Madame le juge McLachlin et au résultat auquel elle parvient. Dans l'arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, j'ai, de même, recommandé que soit modifiée la conception traditionnelle de common law relativement à «l'absence de consentement» comme élément de la *mens rea* requise pour l'infraction d'agression sexuelle. Ceci m'a amenée à rejeter l'accent que l'on a habituellement mis sur la communication par la plaignante d'un refus de subir les attouchements sexuels en question et à proposer de s'attacher plutôt à la question de savoir si et comment l'accusé s'est assuré du consentement de la plaignante. L'élément de *mens rea* requis pour l'infraction d'agression sexuelle sera donc établi lorsque l'accusé savait qu'aucun consentement n'avait été exprimé par la plaignante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié.

31

Dans cette affaire, au par. 2, le juge en chef Lamer, au nom de la majorité, a souscrit aux motifs et au dispositif du jugement, tout en faisant la réserve suivante sur la partie de mon analyse dans laquelle j'exposais cette nouvelle façon d'aborder le consentement:

32

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.

Comme Madame le juge McLachlin a maintenant adopté cette conception du consentement dans ses motifs, des précisions sur les principes généraux et le raisonnement exposés dans l'arrêt *Park*, précité, s'imposent.

Dans l'arrêt *Park*, précité, après avoir clarifié nombre de difficultés liées à la nature du critère de la «vraisemblance» et à son application aux défenses de croyance sincère, j'ai fait remarquer que ces

33

approach to the *mens rea* of the offence of sexual assault in the common law. It is well understood that the *mens rea* of the offence of sexual assault requires that the accused intended to touch the complainant in a sexual manner and knew that the complainant was not consenting, or was reckless or wilfully blind to the fact. In application, these requirements have translated into an onus on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused was aware of or reckless or wilfully blind to the complainant's communication of non-consent.

difficultés paraissent découler de notre façon d'aborder la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle en common law. Il est acquis que pour avoir la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle, l'accusé doit avoir eu l'intention de se livrer à des attouchements sexuels sur la plaignante et doit avoir su que celle-ci n'était pas consentante, ou doit avoir ignoré volontairement ce fait ou ne pas s'en être soucié. Concrètement, ces exigences ont eu pour effet d'imposer au ministère public le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait qu'un non-consentement a été exprimé par la plaignante, ou avait ignoré volontairement ce fait ou ne s'en était pas soucié.

34 In my view, the *mens rea* should also be established where the accused is shown to have been aware of or reckless or wilfully blind as to the fact that the complainant has not communicated consent to the activity in question. As I stated at para. 39 of the judgment:

In other words, the *mens rea* of sexual assault is not only satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially saying "no", but is also satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially not saying "yes".

À mon sens, la *mens rea* devrait également être établie lorsqu'il est démontré que l'accusé savait qu'aucun consentement aux actes en question n'avait été exprimé par la plaignante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Comme je l'ai dit au par. 39 du jugement:

En d'autres termes, la *mens rea* de l'agression sexuelle est établie non seulement lorsqu'il est démontré que l'accusé savait que la plaignante disait essentiellement «non», mais encore lorsqu'il est démontré qu'il savait que la plaignante, essentiellement, ne disait pas «oui».

35 This change to our traditional approach to consent is necessary if we are effectively to address the underlying concerns of the present offence of sexual assault. As society's mores and attitudes as regards gender roles and relations have changed, the aim of this criminal offence has evolved from its original focus on the proprietary rights men once had over their wives and children and even the more recent emphasis on the physical harm caused by forced sexual activity to a complainant. As I indicated in *Park, supra*, at para. 42, today's offence of sexual assault is founded on respect for women's "inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in".

Cette modification de la façon traditionnelle d'aborder le consentement est nécessaire si nous voulons aborder de manière efficace les questions fondamentales que soulève l'actuelle infraction d'agression sexuelle. De même que les mœurs et les attitudes de la société quant aux rôles sexuels et aux rapports entre les sexes ont changé, de même s'est modifié l'objectif de cette infraction criminelle, à l'origine axé sur les droits de propriété que les hommes avaient jadis sur leur femme et leurs enfants et, plus récemment, sur les lésions corporelles causées par des actes sexuels de nature coercitive. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Park*, précité, au par. 42, à l'heure actuelle, l'infraction d'agression sexuelle est fondée sur le respect du «droit inhérent [des femmes] d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent».

36 On the basis of these considerations, I advocated a shift in our perspective on this legal concept,

Sur la base de ces considérations, j'ai recommandé de modifier notre façon d'aborder ce con-

from consent as “the private mental state” of the complainant to consent as the communication of permission to engage in behaviour from which the accused otherwise has a legal obligation to refrain. This new approach was developed and elaborated by L. Vandervort, in “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea” (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233, as I observed in *Park*, *supra*, and has been reviewed by my colleague McLachlin J. in her reasons in the present appeal. I note that this approach to consent in the offence of sexual assault continues to find favour in academic commentary on this issue. See H. M. Malm, “The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law on Rape” (1996), 2 *Legal Theory* 147; A. Wertheimer, “Consent and Sexual Relations” (1996), 2 *Legal Theory* 89.

As I further explained in *Park*, *supra*, consideration of communication of consent has always implicitly informed our determination of whether an accused in a sexual assault case had the *mens rea* as regards the complainant’s lack of consent. In determining whether an accused had the requisite culpable state of mind, it is necessary for the trier of fact objectively to examine not only the verbal and behavioural indicators in the evidence of the complainant’s subjective state, but also the accused’s subjective perception thereof, in light of any relevant circumstances known to him at the time. Where an accused has demonstrated that he honestly, with some basis in the circumstances, misperceived these indicators, and therefore lacked the necessary “culpable mind”, the defence of honest but mistaken belief may arise.

The following passage from my reasons in *Park*, *supra*, at para. 44, represents the recommended manner in which to address the issues of consent and mistake of fact:

An accused cannot say that he believed the complainant to be consenting without pointing to the basis for that belief. As a practical matter, therefore, the principal considerations that are relevant to this defence are (1)

cept juridique, c’est-à-dire d’envisager le consentement sous l’angle non pas de l’«état d’esprit personnel» de la plaignante, mais de la communication de la permission donnée à l’accusé de se livrer à des actes qu’il n’aurait autrement pas le droit d’accomplir. Cette nouvelle approche a été définie et précisée par L. Vandervort dans «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233, comme je l’ai fait remarquer dans l’arrêt *Park*, précité, et ma collègue Madame le juge McLachlin l’a analysée dans ses présents motifs. Je remarque que la doctrine continue d’approuver cette approche au consentement dans le contexte de l’infraction d’agression sexuelle. Voir H. M. Malm, «The Ontological Status of Consent and its Implications for the Law of Rape» (1996), 2 *Legal Theory* 147; A. Wertheimer, «Consent and Sexual Relations» (1996), 2 *Legal Theory* 89.

Comme je l’ai précisé dans l’arrêt *Park*, précité, l’examen de la question de la communication du consentement a toujours implicitement fait partie de notre analyse de la question de savoir si l’auteur présumé d’une agression sexuelle avait la *mens rea* en ce qui concerne l’absence de consentement de la plaignante. Pour déterminer si l’accusé avait l’état d’esprit coupable nécessaire, le juge des faits doit examiner objectivement non seulement les indices relatifs aux échanges verbaux et au comportement subjectif de la plaignante, que comporte la preuve, mais aussi, la perception subjective de l’accusé de cet état, à la lumière des circonstances pertinentes qu’il connaissait à ce moment-là. L’accusé qui démontre, sur la base d’éléments de preuve, qu’il s’est mépris de bonne foi sur ces indices et, partant, qu’il n’avait pas l’«intention coupable» nécessaire, peut invoquer la défense de croyance sincère mais erronée.

L’extrait suivant de mes motifs dans l’arrêt *Park*, précité, au par. 44, expose la façon recommandée de traiter les questions du consentement et de l’erreur de fait:

L’accusé ne saurait prétendre qu’il croyait que la plaignante était consentante sans expliquer le motif de cette croyance. En pratique, les principaux facteurs pertinents quant à ce moyen de défense sont donc (1) le comporte-

37

38

the complainant's actual communicative behaviour, and (2) the totality of the admissible and relevant evidence explaining how the accused perceived that behaviour to communicate consent. Everything else is ancillary. [Emphasis in original.]

39

Evaluating consent and mistaken belief in consent in terms of the complainant's communication is essential if we are to bridge the damaging communication gap between men and women, to encourage men to ascertain whether their sexual partners are consenting, and, most importantly, to prevent sexual behaviour on the part of men which is driven by the biased views and stereotypes that women are consenting when passive or incapable of communicating and do not have a full right of control over what is done to and with their bodies. Sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* have established that the law must neither give rise to nor perpetuate inequality between men and women. Contemporary social norms and beliefs as regards sexual behaviour and sexual assault are fortunately evolving to reflect this ideal. These provide ample grounds and a strong impetus for this Court to develop the common law approach to consent along the lines suggested above and as applied by my colleague to the case at bar.

40

When this approach to consent is applied in the present appeal, as my colleague McLachlin J. has demonstrated, the complainant either consented, or, as she testified, refused or was incapable of communicating permission or agreement to the activity in question. There is no evidentiary basis at all for ambiguous communication on the part of the complainant or external circumstances which could have influenced the perceptions of the accused. To put this defence to the jury would require assumptions about the behaviour of severely intoxicated women which have no demonstrated basis in reality and could potentially be seen as biased or stereotypical.

ment communicatif 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. [Souligné dans l'original.]

Il est essentiel d'évaluer le consentement et la croyance erronée au consentement du point de vue de la communication par la plaignante si l'on veut combler l'écart néfaste sur le plan de la communication entre les hommes et les femmes, encourager les hommes à s'assurer du consentement de leurs partenaires sexuelles et, plus important encore, empêcher les hommes d'avoir des comportements sexuels motivés par des opinions préconçues et des stéréotypes selon lesquels les femmes sont consentantes lorsqu'elles sont passives ou incapables de communiquer, et n'ont pas un droit absolu d'exercer leur autorité sur leur propre corps. Les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* disposent que la loi ne doit pas engendrer d'inégalité entre les hommes et les femmes ni la perpétuer. Les normes et les croyances sociales contemporaines en ce qui concerne les comportements sexuels et l'agression sexuelle évoluent heureusement vers cet idéal. Elles constituent une forte incitation au changement et donnent à notre Cour de solides raisons d'imprimer à la conception du consentement en common law la direction proposée plus haut, comme le fait ma collègue en l'espèce.

Appliquant cette conception du consentement au présent pourvoi, comme ma collègue Madame le juge McLachlin l'a démontré, ou bien la plaignante était consentante, ou bien, comme elle l'a dit dans son témoignage, elle a opposé un refus ou été incapable de communiquer une permission ou un acquiescement en ce qui a trait aux actes en question. Il n'y a absolument rien dans la preuve qui permette de dire que la communication par la plaignante était ambiguë ou que des circonstances extérieures pourraient avoir influencé les perceptions de l'accusé. Pour soumettre ce moyen de défense au jury, il faudrait faire, sur le comportement des femmes complètement ivres, des suppositions qui n'ont aucun fondement dans la réalité et qui pourraient bien être considérées comme tendancieuses ou stéréotypées.

In a recent case before the Supreme Court of India, in recognition of the trier of fact's propensity to base conclusions not on the evidence but on biased or stereotypical assumptions about the complainant, Thomas J. provided the following very valuable advice:

It is an irony that while we are celebrating women's rights in all spheres, we show little or no concern for her honour. It is a sad reflection and we must emphasise that the courts must deal with rape cases in particular with utmost sensitivity and appreciate the evidence in the totality of the background of the entire case and not in isolation.

State of A.P. v. Murthy, (1997) 1 S.C.C. 272, at pp. 279-80. See also *State of Punjab v. Singh*, (1996) 2 S.C.C. 384. These comments are most apposite in the present appeal. We must remain sensitive to the very serious danger involved in putting this defence to the jury. In so doing, in this case, the Court is effectively permitting the trier of fact to proceed on the basis of potentially biased assumptions as opposed to the totality of the evidence. Such an approach would likely serve to perpetuate inequality between the genders, a result which should be avoided by this Court.

In view of the foregoing elaboration of the concept of consent in the offence of sexual assault, I concur entirely with the reasons of McLachlin J., both in her approach to consent and the mistake of fact defence and in the result she reaches.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — I have read the reasons of Justice Major. I do not share his conclusion that the evidence gave an air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent. In my view, the only issue raised by the evidence was whether the complainant consented to sexual intercourse with the respondent. That issue was put to the jury and the jury convicted the respondent. There being no other issue, I am of the view that

Dans une récente affaire dont était saisie la Cour suprême de l'Inde, le juge Thomas, conscient de la propension du juge des faits à fonder des conclusions non pas sur la preuve mais sur des suppositions tendancieuses ou stéréotypées au sujet de la plaignante, a donné le précieux conseil suivant:

[TRADUCTION] Ironiquement, alors que nous célébrons les droits des femmes dans tous les domaines, nous ne nous préoccupons pratiquement pas de l'honneur de la femme. C'est une triste réflexion et nous devons insister sur le fait que les cours de justice doivent statuer sur les affaires de viol en particulier avec la plus grande délicatesse et examiner la preuve à la lumière de l'ensemble des faits de l'espèce, et non isolément.

State of A.P. c. Murthy, (1997) 1 S.C.C. 272, aux pp. 279 et 280. Voir aussi *State of Punjab c. Singh*, (1996) 2 S.C.C. 384. Ces remarques sont ici très pertinentes. Nous devons demeurer sensibles au danger très sérieux que comporte le fait de soumettre ce moyen de défense au jury. En ce faisant, dans le cas qui nous occupe, la Cour permet, en réalité, au juge des faits de procéder non pas en fonction de la totalité de la preuve, mais plutôt à partir de suppositions qui pourraient bien être tendancieuses. Pareille démarche risque de contribuer à perpétuer l'inégalité entre les sexes, résultat que notre Cour devrait éviter.

Compte tenu des précisions qui précèdent sur la notion de consentement dans le contexte d'une infraction d'agression sexuelle, je souscris entièrement aux motifs de Madame le juge McLachlin, tant dans son approche au consentement et à la défense d'erreur de fait que dans le résultat auquel elle parvient.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — J'ai lu les motifs du juge Major. Je ne suis pas d'accord avec lui pour conclure que la preuve rend vraisemblable une défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Selon moi, la seule question soulevée par la preuve était de savoir si la plaignante avait consenti à avoir des rapports sexuels avec l'intimé. Cette question a été soumise à l'appréciation du jury et celui-ci a déclaré l'intimé coupable.

41

42

43

the trial was properly conducted and the verdict should stand.

I. The Facts

44 The respondent and the complainant had sexual intercourse after a party. Both had been drinking. The complainant was quite drunk. She testified later that she could not remember much of what had gone on at the party, and that her last recollection before going to sleep was climbing the stairs to her bedroom. The next morning she woke to find that she had been violated. Charges were laid against the respondent. At trial he admitted intercourse but asserted that the complainant was not that drunk, had participated actively in the sexual activity and had consented.

45 The only issue at the trial was whether the complainant had consented. The theory of the Crown was that she was too drunk to consent. The complainant testified that she would never knowingly have consented to intercourse with the defendant, because they were second cousins. The theory of the defence was that she had in fact consented, as attested to by her alleged active participation. A third possibility — that the complainant had not consented but that the accused had honestly and mistakenly believed she had consented — was not raised at trial. Defence counsel never put this possibility to the complainant. The respondent never raised it in his testimony. The judge did not put it to the jury. No one suggested that he should have. The case was a simple case — consent or no consent. The jury convicted, evidently concluding beyond a reasonable doubt that the complainant had not consented.

46 Matters changed, however, on appeal. The respondent for the first time suggested that if the complainant did not consent, he honestly but mistakenly believed that she did. Notwithstanding that this was never an issue at trial, he asserted that the

Comme il n'y a pas d'autre question, je suis d'avis que le procès s'est déroulé régulièrement et que le verdict devrait être maintenu.

I. Les faits

L'intimé et la plaignante ont eu des rapports sexuels après une soirée. Ils avaient bu tous les deux. La plaignante était complètement ivre. Elle a par la suite témoigné qu'elle ne se rappelait pratiquement pas ce qui s'était passé à cette soirée, et que son dernier souvenir avant de s'endormir était d'avoir monté l'escalier menant à sa chambre. Lorsqu'elle s'est réveillée le lendemain matin, elle s'est rendu compte qu'elle avait été violée. Des accusations ont été portées contre l'intimé. Au procès, celui-ci a reconnu avoir eu des rapports sexuels, mais il a dit que la plaignante n'était pas ivre à ce point, avait participé activement aux actes sexuels et était consentante.

La seule question qui a été débattue au procès était de savoir si la plaignante était consentante. Selon la thèse du ministère public, la plaignante était trop ivre pour avoir consenti. La plaignante a déclaré dans son témoignage qu'elle n'aurait jamais sciemment consenti à avoir des rapports sexuels avec l'intimé parce qu'ils sont cousins issus de germains. Selon la thèse de la défense, la plaignante était bel et bien consentante, comme l'attestait sa participation active alléguée. Une troisième possibilité, à savoir que la plaignante n'était pas consentante mais que l'accusé a sincèrement et erronément cru qu'elle l'était, n'a pas été soulevée au procès. L'avocat de la défense n'a jamais soumis cette possibilité à la plaignante. L'intimé ne l'a jamais soulevée dans son témoignage. Le juge ne l'a pas soumise à l'appréciation du jury. Personne n'a dit qu'il aurait dû le faire. L'affaire était simple: consentement ou absence de consentement. Le jury a reconnu l'intimé coupable, de toute évidence après avoir conclu hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'était pas consentante.

Les choses ont toutefois changé en appel. L'intimé a, pour la première fois, dit que si la plaignante n'avait pas consenti, il avait sincèrement et erronément cru à son consentement. En dépit du fait que cette possibilité n'a jamais été soulevée au

trial judge had a legal obligation to put this possibility to the jury. The trial judge's failure to do so, it was argued, entitled the respondent to a new trial. The Court of Appeal agreed and directed a new trial: [1996] N.W.T.R. 242. With respect, I cannot accept that conclusion. In my view, the evidence does not support the scenario of honest but mistaken belief. The required air of reality that is a condition of putting the defence is absent.

II. The Issue

This appeal requires this Court to decide what evidence suffices to give an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent to sexual activity. Does the accused's evidence of willing participation suffice, absent contrary evidence as to the sexual acts and absent evidence of violence, as Major J. suggests, or is more required?

III. Analysis

(1) *The Criminal Code Provisions*

The events in this case took place on March 13, 1994. They are thus governed by s. 265(4) and s. 273.2 (proclaimed effective on August 15, 1992) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, relating to the defence of honest but mistaken belief in consent:

265. . . .

(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.

273.2 It is not a defence to a charge under section 271, 272 or 273 that the accused believed that the com-

procès, l'intimé a affirmé que le juge du procès était légalement tenu de la soumettre au jury. Comme le juge du procès ne l'a pas fait, l'intimé a soutenu qu'il avait droit à un nouveau procès. La Cour d'appel a donné raison à l'intimé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès: [1996] N.W.T.R. 242. Il ne me paraît pas possible d'accepter cette conclusion. Selon moi, la preuve n'apporte pas le scénario de la croyance sincère mais erronée. La vraisemblance requise pour plaider ce moyen de défense fait défaut.

II. La question en litige

Le présent pourvoi exige de notre Cour qu'elle détermine en quoi consiste une preuve suffisante pour que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à des actes sexuels acquière une vraisemblance. Le témoignage de l'accusé quant à une participation volontaire est-il suffisant, en l'absence d'une preuve contraire relativement aux actes sexuels et en l'absence d'une preuve de violence, comme le juge Major le propose, ou faut-il quelque chose de plus?

III. Analyse

(1) *Les dispositions du Code criminel*

Les événements visés par l'espèce se sont produits le 13 mars 1994. Ils sont donc régis par le par. 265(4) et l'art. 273.2 (entré en vigueur le 15 août 1992) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relatifs à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement:

265. . . .

(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.

273.2 Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le

47

48

plainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where

(a) the accused's belief arose from the accused's

(i) self-induced intoxication, or

(ii) recklessness or wilful blindness; or

(b) the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting.

fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque, selon le cas:

a) cette croyance provient:

(i) soit de l'affaiblissement volontaire de ses facultés,

(ii) soit de son insouciance ou d'un aveuglement volontaire;

b) il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement.

49

Section 273.2 precludes an accused from raising the defence of mistaken belief in consent if he did not take "reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting". In this case, where the complainant was on any view of the evidence quite drunk it would seem reasonable to expect the accused to take steps to ascertain whether her apparent participation represented actual consent, thus obviating the possibility of mistake. No such steps were taken. This suggests that under the law in force at the time of the alleged offence, the defence could not arise.

L'article 273.2 empêche l'accusé d'invoquer la défense de croyance erronée au consentement s'il n'a pas pris «les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement». En l'espèce, puisque la plaignante était, selon la preuve des parties, complètement ivre, il semblerait raisonnable de s'attendre à ce que l'accusé prenne des mesures pour vérifier si la participation apparente de la plaignante représentait un consentement véritable pour se prémunir contre la possibilité d'une erreur. L'accusé n'a pris aucune mesure semblable. Cela veut dire qu'en vertu du droit en vigueur au moment de la perpétration de l'infraction reprochée, ce moyen de défense ne pouvait pas être invoqué.

50

Major J. does not consider s. 273.2. This may be because it was not argued on the appeal or in the proceedings below. With respect, I do not believe that the force of s. 273.2 may be avoided on that ground. Parliament has spoken. It has set out minimum conditions for the defence of mistaken belief in consent. If those conditions are not met, the defence does not lie. This Court cannot resurrect the defence on the ground that the parties failed to allude to the governing provisions. The proof is in the absurdity of the outcome. The Court of Appeal has directed a new trial solely because the defence of mistaken belief was not put to the jury. If Parliament has precluded that defence, there is no need for a new trial. The appeal should accordingly be allowed.

Le juge Major ne tient pas compte de l'art. 273.2. C'est peut-être parce que cette disposition n'a pas été invoquée dans le cadre de l'appel ni en première instance. Il ne me paraît pas possible de se soustraire à la force de l'art. 273.2 pour ce motif. Le législateur s'est exprimé. Il a prévu des conditions minimales pour invoquer la défense de croyance erronée au consentement. Si ces conditions ne sont pas remplies, ce moyen de défense est irrecevable. Notre Cour ne peut pas ressusciter ce moyen de défense pour le motif que les parties ne se sont pas référées aux dispositions applicables. À preuve, l'absurdité du résultat. La Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour la seule raison que la défense de croyance erronée n'a pas été soumise à l'appréciation du jury. Si le législateur a exclu ce moyen de défense, il n'est pas nécessaire de tenir un nouveau procès. Le pourvoi devrait donc être accueilli.

In the event that an argument could successfully be made that s. 273.2 does not apply, I would reach the same result on an application of the common law principles governing the defence of honest but mistaken belief in consent, for the reasons that follow.

(2) *The Common Law Principles*

The crime of sexual assault, like most other crimes, consists of two elements. The first element is a criminal act, or *actus reus*. The criminal act is the act of sexual contact without the consent of the other person. The second element is a guilty mind, or *mens rea*. The *mens rea* of sexual assault consists of knowledge that the complainant did not consent or that she lacked the capacity to consent, or alternatively, wilful blindness or recklessness as to whether or not she consented or whether or not she had the capacity to consent. These elements lead to several possible defences. One is that the complainant in fact consented to the act, negating the *actus reus*. Another is that, although the complainant did not consent, the accused honestly and mistakenly thought she did, depriving him of the necessary guilty mind.

The first question which arises with respect to the *mens rea* of sexual assault is whether the test is objective or subjective. In *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182, the House of Lords rejected the objective test, holding that even an unreasonable belief in consent was capable of supporting the defence of honest but mistaken belief in consent. Unreasonableness, however, could be considered by the jury in deciding whether the accused actually honestly held the alleged belief in consent.

Not long after, the Supreme Court of Canada pronounced on the same issue in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120. Like the House of Lords, the Supreme Court rejected the suggestion that the accused's belief in consent must be reason-

Au cas où l'on pourrait faire droit au moyen selon lequel l'art. 273.2 ne s'applique pas, j'arriverais au même résultat en appliquant les principes de common law régissant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, pour les motifs qui suivent.

(2) *Les principes de common law*

Le crime d'agression sexuelle, comme la plupart des autres crimes, est constitué de deux éléments. Le premier élément est un acte criminel ou *actus reus*. L'acte criminel réside dans des contacts sexuels sans le consentement de l'autre personne. Le second élément est l'intention coupable ou *mens rea*. La *mens rea* de l'agression sexuelle réside dans la connaissance du fait que le plaignant n'était pas consentant ou était incapable de consentir, ou, subsidiairement, dans l'aveuglement ou l'ignorance volontaire ou l'insouciance dont fait preuve l'accusé quant à la question de savoir si le plaignant était consentant ou capable de consentir. Ces éléments donnent ouverture à plusieurs moyens de défense. L'un d'eux est le consentement véritable du plaignant qui supprime l'*actus reus*. Un autre moyen de défense est que, malgré l'absence de consentement du plaignant, l'accusé a sincèrement et erronément cru au consentement, ce qui fait disparaître l'intention coupable nécessaire.

La première question qui se pose relativement à la *mens rea* de l'agression sexuelle est de savoir si le critère est objectif ou subjectif. Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182, la Chambre des lords a rejeté le critère objectif, statuant que même une croyance déraisonnable au consentement était susceptible d'appuyer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Le caractère déraisonnable de cette croyance pouvait toutefois être pris en compte par le jury pour décider si l'accusé avait vraiment sincèrement cru au consentement comme il le prétendait.

Peu après, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la même question dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Comme la Chambre des lords, la Cour suprême a rejeté l'idée que la croyance au consentement doit être raison-

51

52

53

54

able to afford a defence. However, the majority held that it must be honest, and that the accused cannot have been wilfully blind. The majority also held that, as with other defences, the judge need put the defence of honest but mistaken belief to the jury only where the evidence provided an adequate basis for the defence. There must be sufficient evidence to give the defence an "air of reality".

nable pour que l'accusé puisse invoquer ce moyen de défense. Toutefois, la majorité a statué que la croyance doit être sincère et que l'accusé ne doit pas se maintenir dans l'ignorance volontaire. La majorité a également statué que, comme pour les autres moyens de défense, le juge n'est tenu de soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury que si la preuve est suffisante pour appuyer ce moyen de défense. Il doit y avoir une preuve suffisante pour conférer à la défense une «vraisemblance».

55 Since *Pappajohn*, this Court has repeatedly confirmed these rules: *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836. The result is, as Major J. puts it, that there must be "plausible evidence" in support of the defence before a judge must put it to the jury.

Depuis l'arrêt *Pappajohn*, notre Cour a confirmé ces règles à plusieurs reprises: *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836. Il s'ensuit que, comme le dit le juge Major, la défense doit être étayée par une «preuve plausible» pour que le juge soit tenu de la soumettre au jury.

56 There is no disagreement on the foregoing propositions. The area of uncertainty concerns not the general principles, but their application. In particular, what suffices to give an "air of reality" to a defence of honest but mistaken belief?

Les affirmations qui précèdent ne sont pas contestées. Le débat ne porte pas sur les principes généraux, mais sur leur application. En particulier, qu'est-ce qui suffit à rendre «vraisemblable» une défense de croyance sincère mais erronée?

(3) *The Requirement of the Air of Reality*

(3) *L'exigence de la vraisemblance*

57 The air of reality required for the defence of honest but mistaken belief in consent is not a special rule applied only to this defence. It is merely an application of the general rule that judges are not obliged to put defences to the jury unless there is a foundation for them in the evidence: *Osolin*, *supra*. The threshold for putting the defence to the jury is not any evidence, but sufficient evidence: *Robertson*, *supra*. There must be sufficient evidence to make the defence plausible, or a realistic possibility.

La vraisemblance que doit avoir la défense de croyance sincère mais erronée au consentement n'est pas une règle spéciale qui s'applique uniquement à ce moyen de défense. Il s'agit simplement de la règle générale voulant que le juge ne soit pas obligé de soumettre un moyen de défense au jury à moins que ce moyen ne soit étayé par la preuve: *Osolin*, précité. L'exigence minimale en ce qui a trait à la présentation de la défense au jury n'est pas n'importe quelle preuve, mais une preuve suffisante: *Robertson*, précité. Il doit y avoir une preuve suffisante pour que la défense devienne une possibilité vraisemblable ou réaliste.

58 The next task is to identify in a more precise way the situations which will require the defence of honest but mistaken belief. This may be done negatively, by isolating circumstances which do not suffice to raise the defence, as well as posi-

L'étape suivante consiste à définir d'une manière plus précise les cas dans lesquels il faut soumettre la défense de croyance sincère mais erronée au jury. Cela peut se faire de façon négative, en isolant les circonstances qui ne permettent

tively, by indicating circumstances which do raise the defence.

This Court has identified certain evidentiary situations which do not suffice to give the defence an air of reality. It is clear that the mere assertion of belief in consent by the accused will not suffice. The majority of this Court in *Pappajohn* held that the defence of honest but mistaken belief must be supported by sources other than the accused's bare statement that the complainant consented, in order to give it "any air of reality". The additional evidence may come from the accused or from others. As confirmed in *Robertson* (citing *Pappajohn* at p. 150), the defence is available when "there is sufficient evidence presented by an accused, by his testimony or by the circumstances in which the act occurred" (p. 935). See also *Osolin*, *supra*.

This Court has also suggested that the defence will rarely arise where the case is a simple one of evidence of clear non-consent by the complainant and evidence of clear consent by the accused: *Pappajohn*, *supra*; *Osolin*, *supra*, per Cory J. at pp. 683-85. This is because this combination of evidence typically excludes the possibility of an ambiguous situation where an honest mistake as to consent could be made. There is evidence of consent and of non-consent, between which the jury must choose. But there is no evidence capable of realistically supporting a third version, that of non-consent but honest mistake. It follows that the only issue in such cases is typically consent or non-consent and the defence of honest but mistaken belief need not be put to the jury. Canada is not alone in taking this position: see *Morgan*, *supra*, at p. 204, per Lord Cross of Chelsea; *People v.*

pas d'invoquer ce moyen de défense, de même que de façon positive, en indiquant les circonstances qui donnent ouverture à ce moyen de défense.

Notre Cour a établi que dans certains cas la preuve ne suffit pas pour rendre la défense vraisemblable. Il est certain que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement ne sera pas suffisante. Notre Cour a statué à la majorité dans l'arrêt *Pappajohn* que la défense de croyance sincère mais erronée doit être étayée par d'autres éléments que la simple affirmation par l'accusé du consentement du plaignant pour acquérir une «vraisemblance». Les éléments de preuve supplémentaires peuvent émaner de l'accusé ou d'autres sources. Comme il a été confirmé dans l'arrêt *Robertson* (citant l'arrêt *Pappajohn*, à la p. 150), le recours à ce moyen de défense n'est possible que «lorsqu'un accusé produit une preuve suffisante à l'appui, par son témoignage ou par les circonstances qui ont entouré l'acte» (p. 935). Voir aussi *Osolin*, précité.

Notre Cour a également dit que ce moyen de défense ne sera que rarement soulevé lorsque l'affaire se borne au témoignage du plaignant quant à l'absence manifeste de consentement et au témoignage de l'accusé quant à un consentement manifeste: *Pappajohn*, précité; *Osolin*, précité, le juge Cory, aux pp. 683 à 685. C'est que la combinaison de ces témoignages exclut habituellement la possibilité de l'équivoque comme source d'erreur de bonne foi quant au consentement. Il existe deux témoignages contradictoires quant au consentement et le jury doit faire un choix entre les deux. Par contre, il n'existe aucune preuve susceptible d'étayer de façon réaliste une troisième version, à savoir l'absence de consentement mais l'erreur commise de bonne foi. Il s'ensuit que la seule question litigieuse dans des affaires semblables est habituellement celle de savoir s'il y a eu consentement ou absence de consentement, et le juge n'est pas obligé de soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury. Le Canada n'est pas le seul à avoir adopté ce point de vue: voir *Morgan*, précité, à la p. 204, lord Cross of Chelsea; *People c. Rhoades*, 238 Cal. Rptr. 909

59

60

Rhoades, 238 Cal. Rptr. 909 (Ct. App. 1987); *People v. Williams*, 841 P.2d 961 (Cal. 1992).

(C.A. 1987); *People c. Williams*, 841 P.2d 961 (Cal. 1992).

61 It is thus clear that the mere assertion of belief in consent by the accused is insufficient to lay the necessary evidentiary foundation for the defence of honest but mistaken belief in consent. It is also clear that diametrically opposed assertions of clear consent on the one hand and clear refusal of consent on the other hand, will seldom if ever give rise to the defence. These negative indicators suggest, in my view, that the trial judge was correct not to put the defence of honest but mistaken belief to the jury. However, the arguments relating to the complainant's drunkenness and incapacity require a more profound inquiry into the type of evidence which may give rise to the defence of honest but mistaken belief.

Il est donc évident que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement est insuffisante pour fonder sur le plan de la preuve la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Il est en outre évident que des assertions diamétralement opposées de consentement manifeste, d'une part, et de refus manifeste, d'autre part, donneront rarement pour ne pas dire jamais ouverture à la défense. Ces indices négatifs montrent, selon moi, que le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury. Toutefois, les arguments relatifs à l'ivresse et à l'incapacité de la plaignante requièrent une analyse plus poussée du type de preuve qui peut donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée.

62 To determine when the defence of honest and mistaken belief arises it is useful to consider two questions: first, the purpose of the defence; and second, what we mean by consent. I turn first to the purpose of the defence of honest but mistaken belief. The defence of honest but mistaken belief is designed to meet the situation where there has been an honest miscommunication of non-consent — the situation where the complainant refuses consent but the accused honestly misreads that refusal as consent. Ordinarily, people communicate things like consent or non-consent simply and effectively. For this reason, sexual assault trials typically focus on whether the physical acts alleged occurred and if so, whether the complainant consented to them. Occasionally, however, there is evidence that there may have been a miscommunication of consent, suggesting that the accused may have honestly misunderstood the complainant's refusal and hence may not have possessed the necessary guilty mind or *mens rea*.

Pour déterminer si la défense de croyance sincère mais erronée peut être soulevée, il est utile d'examiner deux questions: premièrement, quel est l'objectif de la défense et, deuxièmement, qu'entend-on par consentement? Je commence par l'objectif de la défense de croyance sincère mais erronée. Ce moyen de défense vise à remédier à la situation où la communication de l'absence de consentement se fait mal: le plaignant n'est pas consentant, mais l'accusé se méprend de bonne foi sur ce refus qu'il interprète à tort comme un consentement. Ordinairement, les êtres humains expriment des choses comme le consentement ou l'absence de consentement de manière simple et efficace. Pour cette raison, les procès pour agression sexuelle sont habituellement axés sur la question de savoir si les actes physiques reprochés ont été accomplis et, dans l'affirmative, si le plaignant y a consenti. Cependant, il ressort parfois de la preuve qu'il y a peut-être eu une mauvaise communication en ce qui a trait au consentement, ce qui donne à entendre que l'accusé peut de bonne foi avoir mal compris le refus du plaignant et, partant, ne pas avoir eu l'intention coupable ou *mens rea* nécessaire.

63 It follows that the defence of honest but mistaken belief depends on a scenario distinct from the typical consent or no-consent situation. It is

Il s'ensuit que la défense de croyance sincère mais erronée repose sur un scénario distinct de la situation habituelle qui est celle du consentement

based on the co-existence at one and the same time of two states of fact: (1) that the complainant did not consent; and (2) that the accused nevertheless believed that she consented. Given the fact that human beings have the capacity to understand each other on matters such as these, the two states do not usually go together. To believably be combined, these two propositions require a third element of proof — evidence explaining how it could be that the complainant's non-consent could honestly be read by the accused as consent. Without this third element, the scenario of honest but mistaken belief, while perhaps a theoretical possibility, is not plausible. When the cases speak of more being required than the defendant's assertion of belief the complainant consented, or of the need for an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief in consent, it is to this third element that they typically refer. There must be evidence not only of non-consent and belief in consent, but in addition evidence capable of explaining how the accused could honestly have mistaken the complainant's lack of consent as consent. Otherwise, the defence cannot reasonably arise. There must, in short, be evidence of a situation of ambiguity in which the accused could honestly have misapprehended that the complainant was consenting to the sexual activity in question.

I turn next to the common law concept of consent. Much of the difficulty occasioned by the defence of honest but mistaken belief is related to lack of clarity about what consent entails. Consent in the context of the crime of sexual assault is a legal concept. At law, it connotes voluntary agreement. It embraces the notions of legal and physical capacity to consent, supplemented by voluntary agreement or concurrence in the act in question. *Webster's Third New International Dictionary* (1986), at p. 482, defines consent as "capable, deliberate, and voluntary agreement to or concur-

ou de l'absence de consentement. Ce moyen de défense est fondé sur la coexistence, à un seul et même moment, de deux états de fait: (1) le plaignant n'était pas consentant; et (2) l'accusé a malgré tout cru au consentement. Compte tenu du fait que les êtres humains sont capables de se comprendre sur des questions comme celles-ci, ces deux états ne vont habituellement pas ensemble. Pour que la coexistence de ces deux propositions soit envisageable, il faut un troisième élément de preuve, c'est-à-dire une preuve expliquant comment il se fait que l'accusé a pu interpréter l'absence de consentement du plaignant comme un consentement. Sans ce troisième élément, le scénario de la croyance sincère mais erronée est peut-être théoriquement possible, mais il n'est pas plausible. Quand la jurisprudence dit qu'il faut quelque chose de plus que l'affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement du plaignant, ou qu'il faut que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement soit «vraisemblable», c'est à ce troisième élément qu'elle fait habituellement référence. Non seulement il doit y avoir une preuve d'absence de consentement et de croyance au consentement, mais il doit aussi y avoir une preuve susceptible d'expliquer comment l'accusé a pu se méprendre sur l'absence de consentement du plaignant et croire sincèrement qu'il consentait. Autrement, ce moyen de défense ne peut pas être valablement soulevé. Bref, il doit y avoir une preuve d'une situation d'ambiguïté dans laquelle l'accusé aurait sincèrement pu comprendre à tort que le plaignant consentait à l'activité sexuelle en question.

J'en viens maintenant au concept de consentement en common law. Bon nombre des difficultés que soulève la défense de croyance sincère mais erronée au consentement tiennent à la confusion qui règne sur ce que le consentement implique. Le consentement dans le contexte du crime d'agression sexuelle est un concept juridique. En droit, il comporte l'idée d'un acquiescement volontaire. Il englobe les notions d'aptitude juridique et physique à consentir, de même que l'acquiescement ou l'assentiment volontaire à l'accomplissement de l'acte en question. Le *Webster's Third New Inter-*

rence in some act or purpose implying physical and mental power and free action”.

national Dictionary (1986), à la p. 482, définit le consentement comme [TRADUCTION] «l’acquiescement ou l’assentiment délibérément et volontairement donné par une personne capable à l’accomplissement d’un acte ou à la réalisation d’un but, ce qui suppose un pouvoir physique et mental et une liberté d’action».

65 Consent for purposes of sexual assault is found in the communication by a person with the requisite capacity by verbal or non-verbal behaviour to another of permission to perform the sexual act. The actual thought pattern in the mind of the complainant cannot be the focus of an inquiry into consent on a sexual assault trial; direct observation of the complainant’s mind is impossible and in any event, the inquiry is into the accused’s conduct in the circumstances as they presented themselves to him. When we speak of consent in a sexual assault trial we are talking about the complainant’s verbal and non-verbal behaviour and what inferences could be drawn from this behaviour as to her state of mind.

Le consentement dans le contexte de l’agression sexuelle consiste, pour une personne ayant la capacité requise, à communiquer à autrui, au moyen d’un comportement verbal ou non verbal, la permission d’accomplir l’acte sexuel. Au cours d’un procès pour agression sexuelle, l’analyse du consentement ne saurait être axée sur ce que le plaignant a véritablement pensé; l’observation directe de l’esprit du plaignant est impossible et, de toute façon, l’analyse porte sur la conduite de l’accusé dans les circonstances qui se sont présentées à lui. Quand on parle de consentement dans un procès pour agression sexuelle, on parle du comportement verbal et non verbal du plaignant et de ce qu’on peut inférer de ce comportement quant à son état d’esprit.

66 The importance of conceiving consent as an act of communication was admirably set out by L’Heureux-Dubé J. in *Park, supra*. As she noted at para. 48:

Le juge L’Heureux-Dubé a admirablement exposé l’importance de concevoir le consentement comme un acte de communication dans l’arrêt *Park*, précité. Comme elle l’a fait remarquer au par. 48:

Such an approach will enable [triers of fact] to separate more effectively the wheat from the chaff — the myth and the stereotype from the reality — in determining whether the accused was aware of the complainant’s absence of consent, or whether he could have entertained an honest but mistaken belief as to her consent. It will help them to identify, and filter out, stereotypical beliefs on the part of the accused that lead him to override non-consent, or that lead him to be reckless towards whether a woman is consenting or not. I believe that it may therefore lead to fairer, more accurate factual determinations. I believe that it will also take women’s and men’s distinct realities more equitably into account.

[Les juges des faits] pourront ainsi distinguer plus nettement l’ivraie du froment — les mythes et les stéréotypes de la réalité — en déterminant si l’accusé savait que la plaignante n’était pas consentante, ou s’il aurait pu croire sincèrement mais à tort qu’elle l’était. Cette approche les aidera également à reconnaître et à écarter les croyances stéréotypées qu’entretient l’accusé et qui l’amènent à faire fi du non-consentement ou à ne pas se soucier du fait qu’une femme consente ou non. Les conclusions de fait n’en seront à mon avis que plus justes et plus exactes, et il sera plus justement tenu compte des réalités différentes que vivent les femmes et les hommes.

67 In most cases this social act of communication is clear: “in the ordinary and unproblematic case the person who consents is assumed to ‘say what they mean’” (L. Vandervort, “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea” (1987-

Dans la plupart des cas, cet acte social qu’est la communication est clair: [TRADUCTION] «dans les cas habituels qui ne présentent pas de difficulté, la personne qui consent est censée «dire ce qu’elle veut dire»» (L. Vandervort, «Mistake of Law and

1988), 2 *C.J.W.L.* 233, at p. 267). In some cases, however, the communication goes awry, giving rise to honest mistake. In these cases, there is some reason why the normal communication process has gone awry. The reason for this miscommunication is the situation of ambiguity of which there must be evidence to give rise to the defence of honest but mistaken belief in consent.

Consent has a legal effect. It changes the rights and duties of the persons involved. As Vandervort, *supra*, at p. 267, puts it:

The social act of consent consists of communication to another person, by means of verbal and non-verbal behaviour, of permission to perform one or more acts which that person would otherwise have a legal or non-legal obligation not to perform. Consenting, like promising, is thus performative, a behaviour that has normative consequences. To consent is to waive a right and relieve another person of a correlative duty. Consent thus alters the rights and duties between the persons who are parties to an agreement created by communication. When the rights and duties in question are not merely conventional or ethical ones, but are legal rights and duties, consent is an act that has specific legal consequences. The only conditions are that it be voluntary and knowing or informed, that is, freely given with reference to some general or specific concrete objective or content.

As Vandervort goes on to point out (at p. 267), it follows that any analysis of consent must consider “what, if anything, was actually communicated, as well as whether the communication was voluntary. We need to know what verbal and non-verbal behaviours constitute communication of consent in the context of a sexual transaction, and how the voluntariness of the communication is to be assessed” where this is in issue.

The concepts of wilful blindness and honesty in relation to consent merit further comment. Canadian law does not, unlike most jurisdictions in the United States, require that the defendant in a sexual assault trial have acted reasonably. The issue of

Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-1988), 2 *R.J.F.D.* 233, à la p. 267). Mais parfois, la communication se fait mal, d'où l'erreur de bonne foi. Et la raison de cette défaillance du processus de communication normal est l'équivoque dont la preuve doit être faite pour donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Le consentement produit un effet juridique. Il modifie les droits et les obligations des personnes en cause. Comme le dit Vandervort, *loc. cit.*, à la p. 267:

[TRADUCTION] L'acte social qu'est le consentement consiste à communiquer à autrui, verbalement ou non verbalement, la permission d'accomplir un seul ou plusieurs actes dont, sans cela, cette personne serait, légalement ou autrement, tenue de s'abstenir. Le consentement, comme la promesse, est donc performatif, c'est un comportement qui a des conséquences normatives. Consentir c'est renoncer à un droit et dégager une autre personne d'une obligation correlative. Le consentement modifie donc les droits et les obligations entre les personnes qui sont parties à une entente créée par la communication. Lorsque les droits et les obligations en question ne sont pas purement conventionnels ou éthiques, mais sont des droits et des obligations légaux, le consentement est un acte qui a des conséquences juridiques précises. Les seules conditions à remplir sont que le consentement soit volontaire et conscient ou éclairé, c'est-à-dire donné librement à l'égard d'un contenu ou d'un objectif concret, général ou spécifique.

Comme Vandervort le mentionne ensuite (à la p. 267), il s'ensuit qu'une analyse du consentement doit tenir compte [TRADUCTION] «de ce qui a en fait été communiqué, si communication il y a eu, et examiner s'il s'agit d'une communication volontaire. Il faut savoir par quels comportements verbaux et non verbaux le consentement est communiqué dans le contexte d'une relation sexuelle, et comment le caractère volontaire de la communication doit être évalué» lorsque ces points sont litigieux.

Il convient de faire d'autres observations sur les concepts de l'ignorance volontaire et de la sincérité dans le contexte du consentement. Contrairement au droit de la plupart des États américains, le droit canadien n'exige pas que l'accusé dans un

68

69

70

mistake as to consent must be assessed on the basis of the particular accused person before the court. If he is more obtuse than the reasonable man, he may raise this in support of his contention that he mistakenly thought the complainant was consenting. However, Canadian common law does impose two requirements. First, the defendant cannot have been wilfully blind or reckless. The term wilful blindness connotes a deliberate avoidance of the facts and circumstances. It is the legal equivalent of turning a blind eye, of not seeing or hearing what is there to hear or see. It is the making of an assumption that the complainant consents without determining whether, as a matter of fact, the complainant consents. Blindness as to the need to obtain consent can never be raised by an accused as a defence, since the need for consent is a legal requirement which the law presumes the defendant to know. On the facts, wilful blindness to conduct or language which might support an inference of non-consent is similarly of no avail. The person who is not wilfully blind is the person who is appropriately aware, not only of the need to obtain consent (which he is presumed to know), but of what the conduct and circumstances reveal to one who looks to see whether that consent was being given or withheld. Second, the requirement that the defendant's belief have been honest has a similar effect. The defendant is not allowed to deceive himself, or to sharply take advantage of a passive or unclear response. He must honestly believe that the complainant consented.

procès pour agression sexuelle ait agi raisonnablement. La question de l'erreur quant au consentement doit être évaluée en fonction de la personne même de l'accusé traduit en justice. Si l'accusé est plus borné que la personne raisonnable, il peut invoquer ce fait au soutien de la prétention qu'il a cru à tort que le plaignant était consentant. Au Canada, la common law impose toutefois deux conditions à cet égard. Premièrement, l'accusé ne doit pas s'être retranché dans l'ignorance volontaire ni avoir fait preuve d'insouciance. L'expression ignorance volontaire évoque le refus délibéré de voir les faits et les circonstances. C'est l'équivalent juridique du fait de fermer les yeux sur quelque chose, de ne pas voir ni entendre ce qu'il y a à voir ou à entendre. C'est présumer que le plaignant est consentant sans vérifier si, dans les faits, il l'est. L'accusé ne peut jamais plaider comme moyen de défense qu'il ignorait qu'il devait obtenir un consentement puisque la nécessité d'un consentement est une exigence juridique qu'il est censé connaître selon le droit. Compte tenu des faits, l'ignorance volontaire à l'égard d'un comportement ou de paroles qui permettraient d'inférer une absence de consentement ne peut être d'aucun secours non plus. La personne qui ne se maintient pas dans l'ignorance volontaire est celle qui est à juste titre consciente non seulement de la nécessité d'obtenir un consentement (ce qu'elle est censée savoir), mais aussi de ce que le comportement et les circonstances révèlent à qui prend la peine de vérifier si ce consentement a été donné ou refusé. Deuxièmement, l'exigence d'une croyance sincère de l'accusé a un effet similaire. L'accusé n'a pas le droit de se faire des illusions ni de profiter clairement d'une réponse passive ou équivoque. Il doit sincèrement croire que le plaignant était consentant.

⁷¹ Against this background, I turn to the circumstances in which the issue of consent may arise. While varied, they include the following fact situations:

(a) Explicit consent, where voluntary agreement is expressly communicated by verbal or body language;

Cela étant dit, j'en viens aux circonstances dans lesquelles la question du consentement peut se poser. Quoique variées, ces circonstances comprennent les situations de fait suivantes:

a) Le consentement explicite, l'acquiescement volontaire étant expressément communiqué verbalement ou par le langage du corps;

- | | |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"> (b) Explicit refusal, where refusal of consent is expressly communicated by verbal or body language; (c) A complainant lacking the capacity to consent or refuse because of unconsciousness or incoherence; (d) A complainant lacking the legal capacity to consent, e.g., a child; (e) Consent vitiated by force or duress; (f) Passivity where neither assistance nor resistance is offered; (g) Ambiguous conduct, which can be read in different ways; (h) Ambiguity arising from external circumstances. | <ul style="list-style-type: none"> b) Le refus explicite, le consentement étant expressément refusé verbalement ou par le langage du corps; c) L'inaptitude physique du plaignant à consentir ou à refuser en raison de son inconscience ou de son incohérence; d) L'inaptitude juridique du plaignant à consentir, p. ex. un enfant; e) Le consentement vicié par le recours à la force ou à la contrainte; f) La passivité, lorsqu'aucune aide ni aucune résistance ne sont offertes; g) Le comportement équivoque, qui peut être interprété de différentes façons; h) L'équivoque résultant de circonstances extérieures. |
|---|---|

The first two situations, explicit consent and explicit denial of consent, do not raise the possibility of honest mistake as to consent. They deal with explicit communication between the complainant with capacity and acting voluntarily, and the defendant, through words or actions which both parties are capable of understanding. Explicit consent precludes a finding of sexual assault. Explicit refusal, on the other hand, makes any suggestion of honest mistake implausible. If the jury finds that the complainant explicitly communicated her refusal to the defendant, then the defendant who receives the communication cannot realistically claim to have made an honest mistake on consent. Only if the defendant can show some additional circumstance taking the situation into the situation of ambiguous conduct (categories (g) and (h)) can he make such a claim.

Similarly, the defence of honest but mistaken belief in consent cannot be raised in the third situation, the case of an unconscious or incoherent complainant: see Vandervort, *supra*, at p. 269. This category posits a complainant who is unable to communicate consent because she is unconscious or incapacitated. Consent, as noted above, involves

L'erreur de bonne foi quant au consentement n'est pas un moyen de défense possible dans les deux premières situations, à savoir le consentement explicite et le refus explicite. Ces situations se rapportent à une communication explicite entre un plaignant, ayant la capacité requise et agissant de plein gré, et un accusé, au moyen de paroles ou de gestes que les deux parties sont capables de comprendre. Le consentement explicite interdit de conclure à une agression sexuelle. Par contre, le refus explicite rend invraisemblable toute affirmation d'erreur de bonne foi. Si le jury conclut que le plaignant a explicitement communiqué son refus à l'accusé, alors l'accusé qui reçoit la communication ne peut pas prétendre de façon réaliste qu'il a commis une erreur de bonne foi quant au consentement. C'est uniquement si l'accusé peut prouver l'existence d'un autre élément qui transforme la situation en une situation qui prête à l'équivoque (catégories g) et h)) qu'il peut faire une telle affirmation.

De même, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne peut pas être soulevée dans la troisième situation, à savoir celle où le plaignant a perdu conscience ou est incohérent: voir Vandervort, *loc. cit.*, à la p. 269. Cette catégorie vise le plaignant qui n'est pas en mesure d'exprimer un consentement parce qu'il est inconscient ou

72

73

“capable, deliberate, and voluntary agreement to or concurrence” (*Webster’s Third New International Dictionary, supra*). A person who is unconscious or unable to communicate is incapable of indicating deliberate voluntary agreement. At issue, as elsewhere in dealing with consent, is the social act of communicating consent, not the internal state of mind of the complainant. The accused is not expected to look into the complainant’s mind and make judgments about her uncommunicated thoughts. But neither is he entitled to presume consent in the absence of communicative ability. The complainant in this category lacks the capacity to communicate a voluntary decision to consent. Such lack of capacity would be obvious to all who see her, except the wilfully blind. This makes any suggestion of honest mistake as to consent implausible. To put it another way, the necessary (but not sufficient) condition of consent — the capacity to communicate agreement — is absent. The hypothetical case of a complainant giving advance consent to sexual contact before becoming unconscious does not constitute an exception. Consent can be revoked at any time. The person who assaults an unconscious woman cannot know whether, were she conscious, she would revoke the earlier consent. He therefore takes the risk that she may later claim she was assaulted without consent.

a perdu la capacité de consentir. Comme je l’ai déjà fait remarquer, le consentement implique [TRADUCTION] «l’acquiescement ou l’assentiment délibéré et volontairement donné par une personne capable» (*Webster’s Third New International Dictionary, op. cit.*). La personne qui a perdu conscience ou est incapable de communiquer n’est pas en mesure de donner un acquiescement délibéré et volontaire. Dans un tel cas, comme chaque fois qu’il est question de consentement, c’est l’acte social qu’est la communication d’un consentement, et non l’état d’esprit du plaignant, qui est en cause. On ne s’attend pas à ce que l’accusé sonde l’esprit du plaignant et porte un jugement sur ses pensées secrètes. Mais il n’a pas le droit non plus de présumer un consentement en l’absence d’une capacité de communiquer. Le plaignant qui entre dans cette catégorie n’a pas la capacité de communiquer une décision volontaire de consentir. Cette incapacité sautera aux yeux de tous ceux qui voient le plaignant, sauf celui qui se retranche dans l’ignorance volontaire. C’est ce qui rend invraisemblable toute affirmation d’erreur de bonne foi quant au consentement. En d’autres termes, la condition nécessaire (mais non suffisante) pour qu’il y ait consentement, à savoir la capacité d’exprimer un acquiescement, n’est pas remplie. Le cas hypothétique du plaignant qui a consenti à l’avance à des contacts sexuels avant de perdre conscience ne constitue pas une exception. Le consentement peut être retiré en tout temps. La personne qui agresse une femme qui a perdu conscience ne peut pas savoir si celle-ci retirerait le consentement donné antérieurement si elle était consciente. Cette personne s’expose donc à ce que la plaignante affirme par la suite qu’elle n’avait pas donné son consentement.

⁷⁴ That being said, situations may exist which could give rise to an honest mistake as to the complainant’s capacity or ability to communicate consent. These circumstances constitute a situation of ambiguity as described in categories (g) or (h).

Cela étant dit, il peut y avoir des situations susceptibles de donner lieu à une erreur de bonne foi quant à la capacité du plaignant de communiquer un consentement. Ces circonstances constituent les situations prêtant à l’équivoque visées aux catégories g) et h).

⁷⁵ The fourth and fifth situations do not raise the common law defence of honest but mistaken belief because they are covered by special provisions of

Les quatrième et cinquième situations ne donnent pas ouverture à la défense de common law fondée sur la croyance sincère mais erronée au

the *Criminal Code*. The situation of an underage person whom the law deems to lack capacity to consent, is dealt with by s. 150.1. Special rules govern mistake as to age, and the defence of honest but mistaken belief does not arise. Consent vitiated by force or duress is also the subject of a special provision of the *Criminal Code* (s. 265(3)), and stands to be considered on its own terms.

The sixth category is that of the conscious but passive complainant. A strong case can be made that passivity without more does not constitute consent, and hence cannot support the existence of an honest but mistaken belief in consent. Again, if consent involves the communication of “capable, deliberate, and voluntary agreement to or concurrence” (*Webster’s Third New International Dictionary, supra*) then something more would seem to be required than simply passivity. Failure to indicate yes or no is no communication at all and hence cannot amount to communication of consent. Much less does it offer any indication of capacity, deliberateness or voluntariness. Absent exceptional circumstances, it is unrealistic to suppose that a person acting honestly and without wilful blindness could draw an inference of consent from mere passivity. Putting it another way, to say that passivity amounts to consent is to presume consent. To equate submission with consent is to overlook the essential character of consent as a social act whereby one person confers on another person the right to do something. Women may submit for many reasons inconsistent with consent. For this reason, something more is required to permit the inference that the passive person is consenting. It follows that passivity alone is insufficient to provide a basis for a defence of honest but mistaken belief. Additional evidence of circumstances or conduct is required to establish the situation of ambiguity that underlies the defence. It is

consentement parce qu’elles sont régies par des dispositions spéciales du *Code criminel*. La situation de la personne mineure, que la loi juge inapte à donner un consentement, est prévue à l’art. 150.1. Des règles particulières régissent l’erreur quant à l’âge, et la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne peut pas être invoquée. Le consentement vicié par le recours à la force ou à la contrainte est également visé par une disposition spéciale du *Code criminel* (par. 265(3)), et doit être examiné dans son contexte.

La sixième catégorie concerne le plaignant conscient mais passif. On peut faire valoir des arguments convaincants au soutien de l’affirmation que la simple passivité ne constitue pas un consentement et, partant, ne peut pas justifier l’existence d’une croyance sincère mais erronée au consentement. Une fois de plus, si le consentement implique la communication d’un [TRADUCTION] «acquiescement ou [d’un] assentiment délibéré et volontairement donné par une personne capable» (*Webster’s Third New International Dictionary, op. cit.*), alors il semblerait qu’il faille quelque chose de plus que la simple passivité. Le fait de ne dire ni oui ni non n’est pas une communication et, partant, ne peut pas être assimilé à la communication d’un consentement. Le fait de ne rien dire permet encore moins de conclure à la capacité ou au caractère délibéré ou volontaire d’un acquiescement. En l’absence de circonstances exceptionnelles, il est irréaliste de supposer qu’une personne agissant sincèrement et sans se maintenir dans l’ignorance volontaire peut inférer un consentement de la simple passivité. En d’autres termes, affirmer que la passivité vaut consentement, c’est présumer le consentement. Assimiler la soumission au consentement, c’est faire abstraction du caractère essentiel du consentement en tant qu’acte social par lequel une personne confère à autrui le droit de faire quelque chose. Les femmes peuvent se soumettre pour bien des raisons qui n’ont rien à voir avec le consentement. C’est pourquoi il faut quelque chose de plus pour qu’il soit permis d’inférer que la personne passive est consentante. Il s’ensuit que la seule passivité est insuffisante pour servir de fondement à une défense de croyance sin-

only with such evidence that passivity falls into one of the final two categories: (g) or (h).

cère mais erronée. Il faut d'autres éléments de preuve relativement à des circonstances ou un comportement pour démontrer l'existence de l'équivoque qui sous-tend ce moyen de défense. C'est seulement avec des éléments de preuve semblables que la passivité entre dans l'une des deux dernières catégories, soit g) ou h).

77

Failure to recognize that passivity without more does not permit an inference of consent is reflected in certain common misconceptions and mistaken generalizations that bedevil the law of sexual assault. One is the notion that absence of evidence of struggle or violence permits an inference of consent. The corollary of this proposition is the false notion that unless a woman struggles or has been physically forced, she must have consented. This now discredited notion may skew an analysis of whether the basis for a defence of honest and mistaken belief in consent has been made out. It may be argued that the absence of evidence of resistance or violence constitutes evidence supporting a finding that the accused honestly but mistakenly believed that the complainant consented (an argument accepted by Major J. in this appeal). In fact, the absence of violence or struggle is neutral. An accused who infers consent from passivity without more makes a dishonest, irresponsible inference. Since it is as reasonable to infer non-consent as consent from passivity, an honest assessment of passive conduct does not, without more, permit the conclusion that the complainant is consenting. Only where other circumstances elevate passivity to a situation of ambiguity (categories (g) and (h)) does the possibility of honestly inferring consent arise. Rather, the effect of passivity on the honest defendant is to create a situation where, before proceeding, he must obtain a positive indication of consent.

Certaines idées fausses et généralisations erronées courantes qui embrouillent le droit en matière d'agression sexuelle sont le signe du défaut de reconnaître que la passivité seule ne permet pas d'inférer le consentement. L'une d'elles veut qu'en l'absence d'une preuve de lutte ou de violence, on puisse inférer un consentement. Le corollaire de cette proposition est l'idée fausse que la femme qui ne résiste pas ou qui n'est pas contrainte physiquement est forcément consentante. Cette idée maintenant discréditée peut dévier l'analyse de la question de savoir si le fondement d'une défense de croyance sincère mais erronée au consentement a été établi. Il peut être allégué que l'absence d'une preuve de résistance ou de violence constitue une preuve qui peut étayer une conclusion de croyance sincère mais erronée par l'accusé au consentement du plaignant (c'est un argument auquel le juge Major a souscrit dans le présent pourvoi). En réalité, l'absence de violence ou de lutte est neutre. L'accusé qui infère un consentement de la seule passivité tire une conclusion malhonnête et irresponsable. Puisqu'il est aussi raisonnable d'inférer l'absence de consentement que le consentement de la passivité, l'évaluation sincère d'une attitude passive ne permet pas, en l'absence d'autres éléments, de conclure au consentement du plaignant. C'est uniquement lorsque d'autres circonstances confèrent à la passivité un caractère équivoque (catégories g) et h)) que la possibilité d'un consentement sincèrement inféré se concrétise. Plus exactement, la passivité a pour effet de créer une situation où l'accusé sincère doit obtenir un signe affirmatif de consentement avant d'agir.

78

The two remaining circumstances where consent is at issue are situations of ambiguity: ambiguity arising from the complainant's conduct and ambiguity arising from external circumstances. These, in my view, are the only circumstances

Les deux autres circonstances dans lesquelles le consentement est litigieux sont des situations qui prêtent à l'équivoque, soit en raison du comportement du plaignant, soit en raison de circonstances extérieures. Ce sont, à mon sens, les seules

where the defence of honest but mistaken belief in consent may arise.

The first situation targets ambiguous conduct by the complainant. While in the vast majority of sexual encounters the parties successfully communicate consent or refusal of consent without any difficulty or misunderstanding, the law recognizes that occasionally conduct may be so ambiguous that an appropriately concerned defendant will honestly misread the complainant's actual refusal or incapacity as consent with capacity. The judge must put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury where there is evidence of ambiguous conduct capable of supporting this honest misunderstanding by a defendant who is not wilfully blind. An accused who, due to wilful blindness or recklessness, believes that a complainant had the capacity and in fact consented to the sexual activity at issue is precluded from relying on a defence of honest but mistaken belief in consent, a fact that Parliament has codified: *Criminal Code*, s. 273.2(a)(ii). The focus in this category, as elsewhere, must be on what the complainant said or did and how that would have impacted on the defendant, acting honestly and without wilful blindness. The defence should be put where there is sufficient evidence to lead the trial judge to conclude that a jury might realistically (i.e., not speculatively) accept that the complainant was refusing consent or incapable of consenting, but that what she said and did were capable of leading the defendant to honestly conclude the opposite.

It follows that there must be not only conduct or words which are contradictory or ambiguous, but that the result of the contradiction or ambiguity must be such that the defendant, acting honestly and without wilful blindness or recklessness, could have concluded that the complainant was capable and consenting. A person is not entitled to take ambiguity as the equivalent of consent. If a person, acting honestly and without wilful blindness,

circumstances donnant ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

La première situation vise le comportement équivoque du plaignant. Bien que, dans la très grande majorité des rencontres sexuelles, les parties parviennent à communiquer un consentement ou un refus sans difficulté ni malentendu, le droit reconnaît qu'un comportement peut parfois être si équivoque que l'accusé légitimement intéressé se méprendra de bonne foi sur le refus ou l'incapacité véritable du plaignant et l'interprétera comme un consentement donné par une personne capable. Le juge doit soumettre au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement s'il existe une preuve de comportement équivoque susceptible d'étayer cette méprise sincère de l'accusé qui ne se retranche pas dans l'ignorance volontaire. L'accusé qui, en raison d'ignorance volontaire ou d'insouciance, croit que le plaignant a la capacité requise et a réellement consenti à l'activité sexuelle en question est dans l'impossibilité d'invoquer la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. C'est un fait que le législateur a codifié au sous-al. 273.2a)(ii) du *Code criminel*. L'accent, dans cette catégorie comme dans les autres, doit être mis sur ce que le plaignant a dit ou fait et sur la façon dont ses paroles ou ses gestes ont pu influencer l'accusé qui a agi de bonne foi et sans se maintenir dans l'ignorance volontaire. Le juge du procès devrait soumettre ce moyen de défense lorsqu'il existe une preuve suffisante pour l'amener à conclure qu'un jury pourrait d'une façon réaliste (c'est-à-dire sans faire de suppositions) accepter que le plaignant a opposé un refus ou était incapable de consentir, mais que ses paroles et ses gestes ont pu amener l'accusé à conclure sincèrement le contraire.

Il s'ensuit non seulement qu'il doit y avoir un comportement ou des paroles qui sont contradictoires ou équivoques, mais aussi que le résultat de cette contradiction ou de cette équivoque doit être tel que l'accusé agissant de bonne foi et sans se retrancher dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance aurait pu conclure que le plaignant avait la capacité requise et était consentant. Nul n'a le droit d'assimiler l'équivoque au

perceives his companion's conduct as ambiguous or unclear, his duty is to abstain or obtain clarification on the issue of consent. This appears to be the rule at common law. In this situation, to use the words of Lord Cross of Chelsea in *Morgan, supra*, at p. 203, "it is only fair to the woman and not in the least unfair to the man that he should be under a duty to take reasonable care to ascertain that she is consenting to the intercourse and be at the risk of a prosecution if he fails to take such care". As Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), at p. 101, put it: "the defendant is guilty if he realised that the woman might not be consenting and took no steps to find out".

consentement. Si une personne qui agit de bonne foi et sans se maintenir dans l'ignorance volontaire se rend compte que la conduite de son ou de sa partenaire est équivoque ou incertaine, il est de son devoir de ne rien faire ou d'obtenir des éclaircissements sur la question du consentement. Telle semble être la règle en common law. Dans un cas semblable, pour employer les mots de lord Cross of Chelsea dans l'arrêt *Morgan*, précité, à la p. 203, [TRADUCTION] «ce n'est que juste envers la femme et pas le moins du monde injuste envers l'homme d'obliger celui-ci à faire preuve de diligence pour vérifier si la femme consent aux rapports sexuels, et de l'exposer à une poursuite s'il omet de faire preuve d'une telle diligence». Comme Glanville Williams l'affirme dans son *Textbook of Criminal Law* (1978), à la p. 101: [TRADUCTION] «l'accusé est coupable s'il s'est rendu compte que la femme n'était peut-être pas consentante et n'a rien fait pour s'en assurer».

81 I note that Parliament has affirmed this common sense proposition in enacting s. 273.2 of the *Criminal Code* of Canada which states that "[i]t is not a defence to a charge [of sexual assault] that the accused believed that the complainant consented to the activity that forms the subject-matter of the charge, where . . . the accused did not take reasonable steps, in the circumstances known to the accused at the time, to ascertain that the complainant was consenting". See also *R. v. Darrach* (1994), 17 O.R. (3d) 481 (Prov. Div.). The question is whether the defendant at bar, properly attentive to the issue of consent (i.e., not wilfully blind), could have, in light of the ambiguity, honestly concluded that the complainant had the capacity and was consenting to the sexual activity.

Je remarque que le législateur a confirmé cet énoncé plein de bon sens en édictant l'art. 273.2 du *Code criminel* du Canada qui dispose que «[n]e constitue pas un moyen de défense contre une accusation [d'agression sexuelle] le fait que l'accusé croyait que le plaignant avait consenti à l'activité à l'origine de l'accusation lorsque [. . .] il n'a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s'assurer du consentement». Voir aussi *R. c. Darrach* (1994), 17 O.R. (3d) 481 (Div. prov.). La question consiste à savoir si l'accusé en l'espèce, s'il s'était suffisamment préoccupé de la question du consentement (c'est-à-dire s'il ne s'était pas maintenu dans l'ignorance volontaire) aurait pu, étant donné l'équivoque, conclure sincèrement que la plaignante avait la capacité requise et consentait à l'activité sexuelle.

82 Care must be taken to avoid the false assumptions or "myths" that may mislead us in determining whether the conduct of the complainant affords a sufficient basis for putting the defence of honest mistake on consent to the jury. One of these is the stereotypical notion that women who resist or say no may in fact be consenting. Given that the focus is not the reasonable man but the defendant him-

Il faut prendre soin d'éviter les fausses suppositions ou les «mythes» qui peuvent nous induire en erreur pour déterminer si la conduite de la plaignante constitue un fondement suffisant pour soumettre la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à l'appréciation du jury. L'un de ces mythes est l'idée stéréotypée que la femme qui résiste ou qui dit non peut, en fait, être consen-

self, a defendant may argue, for example, that he interpreted as consent conduct which a reasonable person would read as refusal because he had been conditioned to accept that no means yes. Yet more would need to be shown to establish a basis for putting the defence of honest but mistaken belief. Further questions would arise. Was the man wilfully blind in believing that no means yes? Can his belief that the complainant who says no was consenting, be seen as honest? Only if these questions can plausibly be answered in favour of the accused does the defence of honest but mistaken belief arise. It may be ventured that in the social context of Canadian society in the late twentieth century, these questions will seldom be capable of being answered in favour of such an accused. The result will be that the defence will lack the realistic sufficiency required for it to be put to the jury.

The final situation in which consent issues may arise is where there is ambiguity arising not from the conduct of the complainant, but from external circumstances. This category targets the rare situation where the complainant's refusal or passivity/lack of consent is rendered ambiguous by some external circumstance. McIntyre J. in *Pappajohn* gives two examples of this situation (at p. 133):

In *R. v. Plummer and Brown*, *supra*, Evans J.A. (as he then was), speaking for the Ontario Court of Appeal, considered that there was such evidence as far as Brown was concerned and directed a new trial because the defence had not been put. In that case, the complainant had gone to Plummer's "pad" where she had been raped by Plummer. Brown entered the room where the rape occurred after Plummer had gone. Apparently he had arrived at the house separately from Plummer. It was open on the evidence to find that he was unaware then that Plummer had threatened the complainant and terrorized her into submission. He had intercourse with her and she said that because of continuing fear from Plummer's threats, she submitted without protest. In these special circumstances, the defence was required. The

tante. Puisque l'analyse est axée non pas sur la personne raisonnable mais sur l'accusé lui-même, celui-ci peut prétendre, par exemple, qu'il a interprété comme un consentement un comportement qu'une personne raisonnable considérerait comme un refus parce qu'il a été conditionné à accepter l'idée que non veut dire oui. Cependant, il faudra prouver quelque chose de plus pour établir un fondement justifiant la présentation de la défense de croyance sincère mais erronée. D'autres questions se poseront. L'accusé s'est-il maintenu dans l'ignorance volontaire en croyant que non veut dire oui? Peut-on considérer comme sincère sa croyance que le plaignant qui dit non est consentant? C'est uniquement si l'on peut plausiblement répondre à ces questions d'une manière favorable à l'accusé que la défense de croyance sincère mais erronée peut être soulevée. On peut avancer que dans le contexte social de la société canadienne de la fin du vingtième siècle, on pourra rarement répondre à ces questions d'une manière favorable à un tel accusé. Il s'ensuivra que la défense ne sera pas suffisamment vraisemblable pour être soumise à l'appréciation du jury.

La dernière situation dans laquelle des questions touchant le consentement peuvent se poser est la situation où l'équivoque résulte non pas de la conduite du plaignant mais de circonstances extérieures. Cette catégorie vise les rares cas où une circonstance extérieure rend le refus, la passivité ou l'absence de consentement du plaignant ambigu. Le juge McIntyre en donne deux exemples dans l'arrêt *Pappajohn* (à la p. 133):

Dans l'arrêt *R. v. Plummer and Brown*, précité, le juge Evans (tel était alors son titre), parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, s'est dit d'avis qu'il existait pareille preuve en ce qui concernait Brown et a ordonné un nouveau procès parce que le moyen de défense n'avait pas été soumis au jury. Dans cette affaire-là, la plaignante était allée à la «piaule» de Plummer où celui-ci l'a violée. Brown est entré dans la pièce où le viol avait eu lieu après le départ de Plummer. Apparemment il était arrivé à la maison sans Plummer. Il était possible de conclure d'après la preuve qu'il ignorait que Plummer avait menacé la plaignante et avait obtenu sa soumission par la terreur. Il a eu des rapports sexuels avec elle et elle a dit qu'elle s'est soumise sans protester parce qu'elle était encore effrayée des menaces de

facts clearly established at least an air of reality to Brown's defence. In *Morgan*, there was evidence of an invitation by the complainant's husband to have intercourse with his wife and his assurance that her show of resistance would be a sham. In other words, there was evidence explaining, however preposterous the explanation might be, a basis for the mistaken belief. In the case at bar, there is no such evidence.

Plummer. Dans ces circonstances particulières, il fallait soumettre ce moyen de défense. Les faits donnaient clairement au moins une apparence de vraisemblance au moyen de défense de Brown. Dans l'affaire *Morgan*, la preuve indiquait que le mari de la plaignante avait invité les accusés à avoir des relations sexuelles avec son épouse et qu'il les avait assurés que ses protestations ne seraient qu'une comédie. En d'autres termes, il y avait une preuve qui donnait, si absurde que puisse être cette explication, un fondement à la croyance erronée. En l'espèce pareille preuve n'existe pas.

84 In this category as in others, care must be taken to avoid substituting unfounded assumptions for evidence of consent. For example, in earlier times it was sometimes suggested that the fact that a woman was a prostitute or perceived as promiscuous might amount to a circumstance entitling a man to read her refusal as consent. It is difficult in this age to conceive of a man so concluding in the absence of wilful blindness or dishonesty. It is now recognized that the fact that a woman is a prostitute or perceived as promiscuous does not render her refusal any less valid than another woman's refusal: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, *per* McLachlin J., at p. 604, and *per* L'Heureux-Dubé J., at p. 690.

Dans cette catégorie comme dans les autres, il faut prendre soin de ne pas substituer des suppositions non fondées à une preuve de consentement. À titre d'exemple, on a parfois donné à entendre dans le passé que le fait qu'une femme était une prostituée ou perçue comme étant de mœurs faciles pouvait constituer une circonstance autorisant un homme à interpréter son refus comme un consentement. Il est difficile de nos jours de concevoir qu'un homme tire pareille conclusion sans se retrancher dans l'ignorance volontaire ou la mauvaise foi. Il est maintenant reconnu que le fait qu'une femme est une prostituée ou considérée comme étant de mœurs faciles ne rend point son refus moins valable que celui d'une autre femme: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, le juge McLachlin, à la p. 604, et le juge L'Heureux-Dubé, à la p. 690.

85 These considerations lead me to conclude that the defence of honest but mistaken belief may arise where the evidence indicates a situation of ambiguity which the accused, not being wilfully blind or reckless and acting honestly, misinterpreted as consent. The requirements of the defence are thus: (1) evidence that the accused believed the complainant was consenting; (2) evidence that the complainant in fact refused consent did not consent, or was incapable of consenting; and (3) evidence of a state of ambiguity which explains how lack of consent could have been honestly understood by the defendant as consent, assuming he was not wilfully blind or reckless to whether the complainant was consenting, that is, assuming that

Ces considérations m'amènent à conclure que la défense de croyance sincère mais erronée peut être soulevée si la preuve révèle une situation prêtant à l'équivoque que l'accusé agissant de bonne foi, sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, a interprétée à tort comme un consentement. Les conditions donnant ouverture à ce moyen de défense sont donc les suivantes: (1) la preuve que l'accusé a cru au consentement du plaignant; (2) la preuve que, dans les faits, le plaignant a opposé un refus, n'était pas consentant ou était incapable de consentir; et (3) la preuve d'une situation prêtant à l'équivoque et expliquant que l'accusé a pu sincèrement interpréter l'absence de consentement comme un consentement, en supposant qu'il ne s'est pas retranché dans l'ignorance volontaire et n'a pas fait preuve d'insouciance quant à savoir si le plaignant était

he paid appropriate attention to the need for consent and to whether she was consenting or not.

The view that before the defence of mistake can be put to the jury there must be evidence of a state of ambiguity explaining how a refusal of consent, lack of consent, or incapacity to consent could honestly have been misinterpreted by the defendant as actual consent, has gained increasing acceptance in the United States in recent years with the adoption in many states of the “equivocality” rule. In *People v. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (1975), the Supreme Court of California ruled that the evidentiary predicate of an instruction to the jury on mistake as to consent was evidence not only that the accused in good faith believed the complainant was consenting, but of “equivocal” behaviour which “might have misled [Mayberry] as to whether she was consenting” (p. 1346). In *People v. Romero*, 215 Cal. Rptr. 634 (Ct. App. 1985), it was said that there must be evidence that the “manner in which the victim expressed her lack of consent was so equivocal as to cause the accused to assume that she consented where in fact she did not” (p. 638). In *People v. Vasquez*, 281 Cal. Rptr. 661 (Ct. App. 1991) (citing *Rhoades*, *supra*, at p. 914), it was said that where there was a conflict between the evidence of the accused asserting consent and the evidence of the complainant asserting non-consent, the defence of mistake need not be put “(u)nless the evidence reveals *some way* to harmonize the conflicting accounts of defendant and prosecutrix through a mistake of fact, so that the jury can evaluate proof relating to defendant’s *belief* in consent (as distinguished from his mere *assertion* of consent)” (pp. 670-71 (emphasis added by Deegan J. in *Rhoades*)).

consentant, c’est-à-dire en supposant qu’il a accordé l’attention voulue à la nécessité d’obtenir un consentement et à la question de savoir si le plaignant était ou non consentant.

Le point de vue selon lequel il doit y avoir une preuve de l’existence d’une équivoque pour expliquer comment l’accusé a pu sincèrement interpréter à tort un refus, une absence de consentement ou une incapacité de consentir comme un consentement avant que la défense d’erreur ne puisse être soumise au jury recueille de plus en plus l’adhésion depuis quelques années aux États-Unis par suite de l’adoption par de nombreux États de la règle de [TRADUCTION] «l’équivoque». Dans l’arrêt *People c. Mayberry*, 542 P.2d 1337 (1975), la Cour suprême de la Californie a statué qu’une directive au jury sur l’erreur quant au consentement était subordonnée, sur le plan de la preuve, à l’existence d’une preuve indiquant non seulement que l’accusé croyait sincèrement que la plaignante était consentante, mais aussi qu’un comportement «équivoque» [TRADUCTION] «pourrait avoir induit [Mayberry] en erreur quant au consentement [de la plaignante]» (p. 1346). Il ressort de l’arrêt *People c. Romero*, 215 Cal. Rptr. 634 (C.A. 1985), qu’il doit y avoir une preuve du fait que la [TRADUCTION] «manière dont la victime a exprimé son absence de consentement était équivoque au point d’amener l’accusé à présumer que celle-ci était consentante alors qu’elle ne l’était pas» (p. 638). Selon l’arrêt *People c. Vasquez*, 281 Cal. Rptr. 661 (C.A. 1991) (citant l’arrêt *Rhoades*, précité, à la p. 914), en cas d’incompatibilité entre le témoignage de l’accusé soutenant qu’il y avait eu consentement et le témoignage de la plaignante affirmant qu’il n’y avait pas eu consentement, il n’est pas nécessaire de soumettre la défense d’erreur, [TRADUCTION] «(à) moins que la preuve ne révèle *une façon* de concilier les versions contradictoires de la défense et de la poursuite au moyen d’une erreur de fait, de sorte que le jury puisse évaluer la preuve relative à la *croyance* au consentement de l’accusé (par opposition à la simple *affirmation* de l’existence d’un consentement)» (pp. 670 et 671 (les italiques sont du juge Deegan dans l’arrêt *Rhoades*)).

87

In what is viewed as the leading case on the matter, *People v. Williams*, *supra*, the California Supreme Court revisited and reaffirmed its decision in *Mayberry*. As in the case at bar, the stories of the complainant and the defendant diverged widely in *Williams*. The defendant testified that the complainant was a willing and active participant in the sexual intercourse. The complainant, on the other hand, testified that she refused consent and was forced to have intercourse. The trial judge refused to instruct the jury on mistaken belief. The Court of Appeal reversed. The Supreme Court of California restored the trial judge's decision. After reviewing the sharply conflicting accounts, the court held that the defence, as a matter of law, could not be put. In the court's view, Williams' testimony established only actual consent, while the complainant's evidence, if believed, would preclude a reasonable belief in consent. It held that "[t]hese wholly divergent accounts create no middle ground from which Williams could argue he reasonably misinterpreted [the complainant's] conduct" (p. 966). Evidence of actual consent was evidence of "unequivocal conduct". Such evidence could not support the defence of mistake. To establish the defence, there must be evidence of equivocal conduct. The rule established in *Williams* has since been applied by other states: *Tyson v. Trigg*, 50 F.3d 436 (7th Cir. 1995 (Posner C.J.)); *Tyson v. State of Indiana*, 619 N.E.2d 276 (Ind. Ct. App. 1993); *Commonwealth v. Fionda*, 599 N.E.2d 635 (Mass. App. Ct. 1992).

Dans ce qui est considéré comme l'arrêt de principe sur cette question, *People c. Williams*, précité, la Cour suprême de la Californie a de nouveau examiné et confirmé sa décision dans l'affaire *Mayberry*. Comme en l'espèce, les versions de la plaignante et de l'accusé dans *Williams* étaient très différentes. Selon le témoignage de l'accusé, la plaignante avait participé activement et volontairement aux rapports sexuels. Quant à la plaignante, elle a témoigné qu'elle avait opposé un refus et avait été forcée d'avoir des rapports sexuels. Le juge du procès a refusé de donner au jury une directive sur la croyance sincère. La Cour d'appel a infirmé sa décision. La Cour suprême de la Californie a rétabli la décision du juge du procès. Après avoir examiné les versions nettement contradictoires, la cour a statué qu'on ne pouvait pas, en droit, soumettre ce moyen de défense. Selon la cour, le témoignage de Williams tendait seulement à démontrer l'existence d'un consentement véritable, tandis que le témoignage de la plaignante, si on y ajoutait foi, excluait toute croyance raisonnable au consentement. La cour a dit que [TRADUCTION] «[c]es versions diamétralement opposées ne pouvaient être conciliées de manière que Williams puisse soutenir qu'il s'était raisonnablement mépris sur la conduite [de la plaignante]» (p. 966). La preuve d'un consentement véritable était la preuve d'une «conduite sans équivoque». Pareille preuve ne pouvait pas appuyer la défense d'erreur. Pour invoquer ce moyen de défense, il doit y avoir une preuve de conduite équivoque. D'autres États ont appliqué depuis la règle énoncée dans l'arrêt *Williams*: *Tyson c. Trigg*, 50 F.3d 436 (7th Cir. 1995 (le juge Posner)); *Tyson c. State of Indiana*, 619 N.E.2d 276 (C.A. Ind. 1993); *Commonwealth c. Fionda*, 599 N.E.2d 635 (C.A. Mass. 1992).

88

I conclude that before the defence of honest but mistaken belief must be put to the jury, there must be evidence not only of denial of consent, lack of consent, or incapacity to consent which the defendant interprets as consent, but evidence of ambiguity or equivocality showing how the accused could honestly and without wilful blindness or recklessness, have mistaken the complainant's refusal of consent, lack of consent, or incapacity to consent. Otherwise, the defence is implausible. To use the

Je conclus que la soumission de la défense de croyance sincère mais erronée au jury doit être subordonnée à l'existence non seulement d'une preuve de refus, d'absence de consentement ou d'incapacité de consentir que l'accusé interprète comme un consentement, mais aussi d'une preuve d'ambiguïté ou d'équivoque montrant comment l'accusé a pu, sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, se méprendre de bonne foi sur la conduite de la

language of McIntyre J. in *Pappajohn*, *supra*, at pp. 132-33, it lacks the necessary “air of reality” and does not arise as a “realistic issue”.

With these propositions in mind, I turn to the case at bar.

IV. Application to this Appeal

I have already indicated that, in my view, the absence of any evidence of steps taken by the respondent to ascertain consent precludes the defence of honest but mistaken belief in consent in view of s. 273.2 which was in force at the time of these events. The common law principles enunciated above lead to the same result.

The complainant and the respondent presented divergent and incompatible versions of the events. The complainant testified (at p. 33 of the Case on Appeal) that at no point did she agree to a sexual relationship with the respondent. While she could not recall the actual assault, she testified that she would not have consented to it because the respondent was her second cousin. This evidence is consistent with denial of consent or with unconscious incapacity to give consent. In essence, either the complainant would have vehemently refused sex, or she was unconscious and incapable of refusing it. Neither scenario suggests a situation of ambiguity or equivocity which the respondent could honestly have read as capacity and consent. The respondent, on the other hand, testified that the complainant was able to control herself, and participated actively in the intercourse over a period of time. This evidence is directly contrary to the complainant’s evidence and is consistent only with capacity and actual consent.

On the basis that an accused’s evidence of actual consent must be taken to include by implication the proposition that the accused believed the complainant consented, it is argued that there is

plaignante. Sinon, la défense n’est pas vraisemblable. Comme le dit le juge McIntyre dans l’arrêt *Pappajohn*, précité, aux pp. 132 et 133, ce moyen de défense n’a pas l’«apparence de vraisemblance» requise et ne soulève pas une «question réaliste».

C’est en gardant ces affirmations à l’esprit que j’en viens à l’affaire qui nous occupe.

IV. Application au présent pourvoi

J’ai déjà mentionné que, à mon sens, l’absence de preuve quant aux mesures prises par l’intimé pour s’assurer du consentement exclut la défense de croyance sincère mais erronée au consentement vu l’art. 273.2 qui était en vigueur à l’époque pertinente. Les principes de common law énoncés plus haut mènent au même résultat.

La plaignante et l’intimé ont présenté des versions des événements qui étaient contradictoires et inconciliables. La plaignante a témoigné (à la p. 33 du dossier) qu’elle n’a jamais consenti à avoir des rapports sexuels avec l’intimé. Bien qu’elle ne se souvienne pas de l’agression proprement dite, elle a déclaré dans son témoignage qu’elle n’aurait pas donné son consentement parce que l’intimé était son cousin issu de germain. Cette preuve est compatible avec un refus ou avec l’incapacité de donner un consentement à cause d’une perte de conscience. En résumé, soit que la plaignante aurait refusé avec véhémence d’avoir des rapports sexuels, soit qu’elle avait perdu conscience et était incapable d’opposer un refus. Aucun de ces scénarios ne laisse entrevoir une situation ambiguë ou prêtant à l’équivoque que l’intimé aurait pu sincèrement interpréter comme une capacité et un consentement. De son côté, l’intimé a déclaré dans son témoignage que la plaignante était capable de se maîtriser et a participé activement aux rapports sexuels pendant un certain temps. Ce témoignage va directement à l’encontre de celui de la plaignante et n’est conciliable qu’avec la capacité et le consentement véritable.

Puisqu’on doit considérer que le témoignage de l’accusé quant à un consentement véritable suppose implicitement que l’accusé croyait au consentement de la plaignante, il est allégué qu’il existe

89

90

91

92

evidence of honest belief in consent. However, for purposes of the defence the jury would have had to reject the respondent's evidence of capable, active participation inconsistent with non-consent, while accepting only his bare (implicit) assertion of belief in consent. This involves a winnowing of the respondent's evidence which, while not legally impermissible, introduces an element of improbability. The jury, for the purposes of the defence, would then have had to combine this evidence of bare belief with the complainant's evidence that she did not consent, and would not have consented unless incapacitated to the point of unconsciousness. At this point, a further difficulty would have presented itself. The complainant's evidence was that short of unconsciousness she would have unequivocally refused because of her aversion to sexual relations with a relative. This evidence is inconsistent with the ambiguity required to support the theory that the respondent honestly and without wilful blindness or recklessness mistook the complainant's incapacity and/or refusal for consent. To make the theory work it would be necessary to reject the complainant's evidence that short of unconsciousness she would have rejected the accused vehemently, while somehow salvaging the proposition that she refused consent. In summary, to give any credit to the defence, the jury would have had to reject a large portion of the respondent's evidence and virtually all of the complainant's evidence. It would then, in the absence of any other evidence, have had to come up with the conclusion that there was a situation of ambiguity which led to an honest misunderstanding on the vital issue of capacity and consent. At this point the defence becomes so implausible that it is impossible to see how any jury acting reasonably and in accordance with the evidence could have given it any credence.

une preuve de croyance sincère au consentement. Toutefois, pour les fins de la défense, il aurait fallu que le jury rejette la preuve de l'intimé quant à une participation active et consciente, laquelle est inconciliable avec l'absence de consentement, et accepte uniquement la simple affirmation (implicite) d'une croyance au consentement. Cela suppose un tri de la preuve de l'intimé qui, bien qu'acceptable en droit, introduit un élément d'in vraisemblance. Il aurait ensuite fallu que le jury, pour les fins de la défense, combine ce témoignage de simple croyance avec le témoignage de la plaignante voulant qu'elle n'avait pas consenti et n'aurait pas consenti à moins d'une perte de conscience. À ce moment-là, une autre difficulté aurait surgi. La plaignante a dit dans son témoignage qu'à moins d'avoir été inconsciente, elle aurait opposé un refus catégorique à l'intimé parce qu'il lui répugnait d'avoir des rapports sexuels avec un parent. Ce témoignage est inconciliable avec l'équivoque requise pour étayer la thèse selon laquelle l'intimé a, de bonne foi et sans se maintenir dans l'ignorance volontaire ni faire preuve d'insouciance, confondu l'incapacité ou le refus de la plaignante avec un consentement. Pour accepter cette thèse, il faudrait rejeter le témoignage de la plaignante selon lequel elle aurait repoussé l'accusé avec véhémence, à moins d'avoir perdu conscience, tout en conservant d'une façon ou d'une autre l'affirmation selon laquelle elle a opposé un refus. En résumé, il aurait fallu que le jury rejette une grande partie du témoignage de l'intimé et pratiquement tout le témoignage de la plaignante pour ajouter foi à la défense. Il aurait ensuite fallu, en l'absence d'une autre preuve, que le jury arrive à la conclusion qu'une situation prêtant à l'équivoque avait amené l'intimé à se méprendre de bonne foi sur la question fondamentale de la capacité et du consentement. À ce moment-là, la défense devient si peu vraisemblable qu'il est impossible de voir comment un jury agissant raisonnablement et selon la preuve aurait pu y ajouter foi.

Putting the case for the defence of mistake at its highest, it may be seen to be based on the supposition that some ambiguous event occurred, notwithstanding that neither the respondent nor the complainant testified to that effect. One is left to

Quand on pousse la thèse de la défense d'erreur à son point extrême, on peut voir qu'elle repose sur la supposition qu'un événement équivoque s'est produit, en dépit du fait que ni l'intimé ni la plaignante n'ont témoigné en ce sens. On en est donc

speculate as to what that event was. Moreover, to even suppose such an event is to contradict the only evidence of what in fact occurred, the respondent's evidence of participatory, consensual intercourse. In short, one is invited to speculatively infer a situation of ambiguity in the absence of any supporting evidence and contrary to the only existing evidence. All this is to be inferred from the fact that the complainant was drunk and does not remember what happened in the bedroom. This cannot constitute the realistic defence based on a sufficiency of evidence required by the majority of this Court in *Pappajohn*.

Drunkenness cannot constitute evidence of a situation in which the complainant might appear to be consenting when in fact she was not. If this were so, the defence would be available in every case where the complainant was drunk at the time of intercourse. If the complainant is so drunk that she is unable to communicate (the Crown's position at trial), she is incapable of giving consent, and no question of honest mistake can arise. If she is less drunk, and able to communicate (the defence's position at trial), the question is what she communicated. Again, there is no possibility of honest mistake as to capacity. The only evidence of what she communicated was the evidence of the respondent that she clearly and actively communicated consent, and of the complainant that she would never have consented. The third possibility is that the circumstances gave rise to ambiguity as to whether the complainant possessed the requisite capacity to consent. There is no evidence of this third situation. The result is this. On the first scenario of extreme drunkenness, the complainant did not consent because she could not. On the second scenario of lesser drunkenness the complainant had the capacity to consent and the question for the jury is whether she actually consented or not, depending on whose evidence they accept. There is no evidence to support a third scenario of ambiguity as to capacity or as to what was communicated. There is no evidence to indicate that while the

réduit à conjecturer sur la nature de cet événement. Par ailleurs, aller jusqu'à supposer un tel événement revient à contredire la seule preuve relative à ce qui s'est réellement produit, à savoir la preuve de l'intimé quant à la participation de la plaignante à des rapports sexuels consensuels. Bref, on est invité à inférer hypothétiquement une situation prêtant à l'équivoque en l'absence d'une preuve à l'appui et au mépris de la seule preuve existante. Il faut inférer tout cela de l'ivresse de la plaignante et de son absence de souvenirs sur ce qui s'est passé dans la chambre. Il ne saurait s'agir de la défense réaliste fondée sur une preuve suffisante exigée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *Pappajohn*.

L'ivresse ne saurait constituer la preuve d'une situation dans laquelle la plaignante pourrait paraître consentante alors qu'en réalité elle ne l'était pas. S'il en était ainsi, la défense pourrait être invoquée chaque fois que la plaignante est ivre pendant les rapports sexuels. Si la plaignante est ivre au point de ne pas être en mesure de communiquer (la thèse du ministère public au procès), elle est incapable de donner un consentement, et il ne saurait être question d'invoquer l'erreur de bonne foi. Si elle est moins ivre et en mesure de communiquer (la thèse de la défense au procès), la question qui se pose est de savoir ce qu'elle a communiqué. Encore une fois, il n'y aucune possibilité d'erreur de bonne foi quant à la capacité. La seule preuve de ce que la plaignante a communiqué est le témoignage de l'intimé selon lequel elle a clairement et activement exprimé un consentement, et le témoignage de la plaignante selon lequel elle n'aurait jamais été consentante. La troisième possibilité est que les circonstances prêtent à l'équivoque à savoir si la plaignante avait la capacité requise de donner un consentement. Il n'y a aucune preuve de cette troisième situation. Le résultat est le suivant. Selon le premier scénario de l'ivresse extrême, la plaignante n'a pas consenti parce qu'elle était incapable de le faire. Selon le deuxième scénario de l'ivresse moins prononcée, la plaignante avait la capacité de consentir et la question à soumettre au jury est de savoir si oui ou non la plaignante a véritablement consenti, selon le témoignage qu'il accepte. Il n'existe aucune preuve au soutien d'un troisième scénario selon lequel il y aurait eu équi-

complainant appeared to be consenting, she was not.

voque quant à la capacité ou à ce qui a été communiqué. Rien ne permet d'affirmer que la plaignante paraissait consentante alors qu'elle ne l'était pas.

95

Nor does lack of memory of what happened in the bedroom coupled with drunkenness constitute such evidence. To say the complainant may have appeared to consent because she has no memory of the events is simply to speculate. It is, moreover, to speculate contrary to the evidence of both complainant and respondent. The respondent describes a situation of capacity and active participation, inconsistent with the ambiguous state where the complainant does not have capacity or does not consent but nonetheless appears to. The complainant says that she would have rejected the respondent because they were related, again evidence inconsistent with an apparent but unreal consent. Thus the assertion that the complainant's drunkenness and lack of memory raise the defence of honest but mistaken belief depends not on the evidence but on speculation. It depends, moreover, on dangerous speculation, based on stereotypical notions of how drunken, forgetful women are likely to behave. The law as established by this Court in *Pappajohn* does not permit such speculation. It demands specific evidence of a state of affairs which could give rise to an honest misapprehension of consent when no consent existed. No such evidence was presented in the case at bar.

Le fait que la plaignante n'a gardé aucun souvenir de ce qui s'est passé dans la chambre à coucher vu son ivresse ne prouve pas le consentement non plus. L'affirmation selon laquelle la plaignante peut avoir paru consentante parce qu'elle ne se souvient pas des événements n'est qu'une simple supposition. Au surplus, c'est une supposition qui va à l'encontre des témoignages de la plaignante et de l'intimé. Ce dernier décrit une situation de capacité et de participation active qui est inconciliable avec l'état équivoque où la plaignante n'est ni capable ni consentante, mais paraît malgré tout l'être. La plaignante affirme qu'elle aurait repoussé l'intimé parce qu'ils étaient parents, et il s'agit encore une fois d'un témoignage qui est inconciliable avec un consentement apparent mais non réel. Par conséquent, l'affirmation selon laquelle l'ivresse et l'absence de souvenirs de la plaignante donnent ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée repose non pas sur la preuve mais sur des suppositions. Elle repose en outre sur des suppositions dangereuses fondées sur des idées stéréotypées quant à la façon dont les femmes ivres, à la mémoire défaillante, sont susceptibles de se comporter. Le droit tel qu'il a été établi par notre Cour dans l'arrêt *Pappajohn* ne permet pas de faire de telles suppositions. Il faut une preuve établissant précisément une situation susceptible d'amener quelqu'un à se méprendre de bonne foi sur le consentement en l'absence d'un consentement. Aucune preuve semblable n'a été présentée en l'espèce.

96

My colleague Major J. concedes that the defence of honest but mistaken belief might not arise on the respondent's testimony alone (para. 14). More, he agrees, must be found. He finds the necessary additional evidence in two items: (1) the fact that the complainant did not contradict the respondent's evidence as to what happened in the bedroom due to her lack of recollection; and (2) the absence of evidence of violence. With respect, I do not see how either of these items, taken singly or together, provide the missing evidence. They are not evi-

Mon collègue le juge Major concède qu'à lui seul, le témoignage de l'intimé ne pourrait pas soulever la défense de croyance sincère mais erronée (par. 14). Il reconnaît qu'il doit y avoir plus. Selon lui, les éléments de preuve supplémentaires nécessaires résident dans deux facteurs: (1) le fait que la plaignante n'a pas contredit le témoignage de l'intimé sur ce qui s'est passé dans la chambre parce qu'elle ne se souvenait de rien; et (2) l'absence de preuve de violence. En toute confraternité, je ne vois pas comment ces facteurs, pris isolément ou

dence, but merely the absence of evidence. They do not contradict the respondent's version, but neither do they add to it. We are left with the respondent's assertion that over a considerable period of time, the complainant indicated in various ways that she had capacity and was consenting to the sexual activity. This evidence, far from supporting an honest mistake, is contrary to that theory. The respondent's assertion that the complainant clearly consented and cooperated in the sexual activity undermines the propositions essential to the defence — namely that she did not consent but that he made a mistake on the matter. The complainant's inability to recollect is not in itself evidence of miscommunication. Nor, as indicated earlier, does the absence of evidence of violence support the hypothesis of honest but mistaken belief in consent. If the respondent wrongly inferred clear capacity and an active communication of consent from lack of struggle or passivity, it is hard to avoid the conclusion that he must have been either wilfully blind or dishonest.

On the evidence, there were only two possible scenarios. The first, presented by the Crown, is that the complainant did not consent to the sexual activity. This scenario was supported by evidence that the complainant was very drunk and that she would not have consented had she had the capacity to do so because she was related to the respondent. The second, presented by the respondent, was that the complainant had capacity and did consent. This scenario was supported by his evidence of her control over her actions, and her active and willing participation in the acts. Neither scenario is consistent with the defence of honest but mistaken belief in consent. For that defence to arise, there would need to be evidence of a third scenario — a situation of ambiguity or misunderstanding where denial of consent or absence of capacity could

collectivement, fournissent la preuve manquante. Il ne s'agit pas d'éléments de preuve, mais simplement d'une absence de preuve. Ils ne contredisent pas la version de l'intimé, mais ils ne la complètent pas non plus. Il ne reste que l'affirmation de l'intimé selon laquelle la plaignante a, pendant un bon moment, montré par différents moyens qu'elle avait la capacité requise et consentait à l'activité sexuelle. Loin d'appuyer une erreur de bonne foi, cette preuve va à l'encontre de cette thèse. L'affirmation de l'intimé selon laquelle la plaignante a clairement consenti et participé à l'activité sexuelle sape les propositions essentielles à la défense, savoir que la plaignante n'était pas consentante mais que l'intimé s'est mépris sur ce point. Le fait que la plaignante ne se souvienne de rien n'est pas en soi une preuve de mauvaise communication. L'absence de preuve de violence n'appuie pas non plus, comme je l'ai déjà mentionné, l'hypothèse d'une croyance sincère mais erronée au consentement. Si l'intimé a inféré à tort de l'absence de lutte ou de la passivité de la plaignante une capacité manifeste et la communication active d'un consentement, il est difficile de ne pas conclure qu'il s'est retranché soit dans l'ignorance volontaire, soit dans la mauvaise foi.

Compte tenu de la preuve, il n'y avait que deux scénarios possibles. Le premier, qui a été présenté par le ministère public, c'est que la plaignante n'a pas consenti à l'activité sexuelle. Ce scénario est étayé par la preuve selon laquelle la plaignante était très ivre et n'aurait pas consenti si elle avait eu la capacité de le faire parce qu'elle est parente avec l'intimé. Le second, qui a été présenté par l'intimé, c'est que la plaignante avait la capacité requise et a consenti. Ce scénario est étayé par le témoignage de l'intimé selon lequel la plaignante était maîtresse d'elle-même et a participé activement et volontairement aux actes. Aucun de ces scénarios n'est conciliable avec la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Pour que ce moyen de défense puisse être soulevé, il faudrait avoir une preuve établissant un troisième scénario, à savoir une situation prêtant à l'équivoque ou une méprise permettant la coexistence du refus ou de l'absence de capacité avec la

co-exist with an honest belief in consent or capacity. Such evidence was totally lacking.

98

I conclude that the trial judge did not err in failing to put the defence of honest but mistaken belief to the jury, since it did not realistically arise on the evidence. I would allow the appeal and affirm the conviction.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: George Thomson, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Phillips & Wright, Yellowknife.

croyance sincère au consentement ou à la capacité. Pareille preuve est totalement inexistante.

Je conclus que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en ne soumettant pas la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury, puisque la preuve ne donnait pas ouverture d'une façon réaliste à ce moyen de défense. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.

Procureur de l'appelante: George Thomson, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Phillips & Wright, Yellowknife.