Ivon Shearing *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Women's Legal Education and Action Fund, and the Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

Ivon Shearing *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et la Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

INDEXED AS: R. *v.* SHEARING

Neutral citation: 2002 SCC 58.

File No.: 27782.

2001: October 9; 2002: July 18.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SHEARING

Référence neutre : 2002 CSC 58.

N° du greffe : 27782.

2001 : 9 octobre; 2002 : 18 juillet.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Evidence — Similar fact evidence — Admissibility — Leader of a cult charged with sexual offences relating to multiple complainants — Two complainants not members of accused's cult but resident with accused — Remaining complainants disciples of accused — Whether evidence of each count of sexual misconduct was admissible as similar fact evidence of all other charges.

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Sexual offences — Diary — Trial judge permitting cross-examination of one complainant with respect to specific entries in her diary arguably inconsistent with her testimony at trial but not with respect to absence of any references to abuse in diary — Whether cross-examination on absence of reference to abuse should have been allowed.

The accused was the leader of a cult which believed that enlightenment is reached through ascension by steps of consciousness. He preached that sexual experience was a way to progress to higher levels and that he, as cult leader, could be instrumental in enabling young girls to reach higher levels through sexual and spiritual

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

Droit criminel — Preuve — Preuve de faits similaires — Admissibilité — Chef d'une secte accusé d'infractions d'ordre sexuel contre plusieurs plaignantes — Deux plaignantes ne sont pas membres de la secte de l'accusé mais résident avec lui — Les autres plaignantes sont des adeptes de la secte de l'accusé — La preuve produite à l'égard de chaque chef d'accusation d'inconduite sexuelle était-elle admissible à titre de preuve de faits similaires relativement à toutes les autres accusations?

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Infractions d'ordre sexuel — Journal intime — Juge du procès autorisant le contre-interrogatoire de l'une des plaignantes sur certaines inscriptions contenues dans son journal intime qui contrediraient son témoignage au procès, mais non sur l'absence de mention de sévices dans ce journal — Y avait-il lieu d'autoriser le contre-interrogatoire sur l'absence de mention de sévices?

L'accusé était le chef d'une secte dont les membres croyaient que l'on parvient à l'éveil en gravissant les échelons de la conscience. Il prétendait que l'expérience sexuelle était un moyen de passer d'un échelon à l'autre et que, en sa qualité de chef de la secte, il pouvait aider des jeunes filles à atteindre ces échelons supérieurs au

contact. He was charged with 20 counts of sexual offences alleged to have occurred between 1965 and 1990. Two of the 11 complainants were sisters who had resided with the accused at the cult's group residence while teenagers. They were not adherents of the cult and lived at the group home only because their mother was a member and the resident housekeeper. The other complainants were believers. The trial judge dismissed an application by the accused to sever the counts related to the sisters from the other counts. The counts were tried together and each was admitted as similar fact evidence for the others.

One of the complainant sisters kept a daily diary for eight months in 1970. She began it when she was 14 years old. The day-to-day entries covered part of the 10-year period when she alleged sexual abuse by the accused and physical abuse by her mother at the accused's instigation. When the complainant left the house six years later, her mother put some of her belongings in a cardboard box in their portion of the storage area shared with other residents. The mother moved out in 1995. About 18 months later, after the accused had been indicted, another resident of the house opened the cardboard box, found the complainant's diary and gave it to the defence. At trial, the defence sought to use the diary to contradict the complainant on the basis of entries arguably inconsistent with her evidence-in-chief, and by showing the absence of any entry chronicling physical or sexual abuse. The complainant objected and, at the *voir dire* into the admissibility of the diary, asserted a privacy interest. The trial judge permitted the accused to use the diary to cross-examine the complainant on entries the defence considered probative but did not permit cross-examination on the absence of any entries recording physical abuse by the mother or sexual abuse by the accused.

A jury convicted the accused of sexual assaults against the two sisters and five other complainants. The Court of Appeal allowed the accused's appeal with respect to two counts but otherwise dismissed the appeal.

Held (L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed with respect to

moyen de contacts sexuels « spirituels ». Il a fait l'objet de 20 chefs d'accusation d'infractions d'ordre sexuel qui auraient été commises entre 1965 et 1990. Deux des 11 plaignantes étaient des sœurs qui avaient habité avec l'accusé dans la résidence commune de la secte pendant leur adolescence. Elles n'étaient pas des adeptes de la secte et elles habitaient dans la résidence commune seulement parce que leur mère était une adepte qui y résidait à titre de ménagère. Les autres plaignantes étaient des adeptes de la secte. Le juge du procès a rejeté la demande de l'accusé visant à obtenir que les chefs d'accusation relatifs aux sœurs soient séparés des autres chefs d'accusation. Les chefs d'accusation ont été instruits ensemble et chaque chef a été admis à titre de preuve de faits similaires à l'égard des autres chefs d'accusation.

Pendant huit mois en 1970, l'une des sœurs plaignantes a tenu chaque jour un journal intime. Elle avait 14 ans lorsqu'elle a commencé à le faire. Les inscriptions quotidiennes concernaient une partie de la période de 10 ans pendant laquelle elle aurait, d'après elle, été victime d'abus sexuels de la part de l'accusé et, à l'instigation de celui-ci, de sévices physiques de la part de sa mère. Lorsque la plaignante a quitté la maison six ans plus tard, sa mère a rangé une partie de ses biens dans une boîte de carton qu'elle a ensuite placée dans la partie de l'aire de remisage commune qui lui était assignée. La mère a déménagé en 1995. Environ 18 mois plus tard, après l'inculpation de l'accusé, une autre résidante de la maison a ouvert la boîte de carton et trouvé le journal intime qu'elle a donné à la défense. Au procès, la défense a cherché à utiliser le journal intime pour contredire la plaignante en faisant valoir qu'on y trouvait des inscriptions incompatibles avec les déclarations que cette dernière avait faites pendant son interrogatoire principal, et en démontrant l'absence de toute inscription faisant état de sévices physiques ou sexuels. La plaignante s'est opposée à cela et, lors du voir-dire tenu au sujet de l'admissibilité du journal intime, elle a invoqué son droit à la vie privée. Le juge du procès a permis à l'accusé d'utiliser le journal pour contre-interroger la plaignante sur les inscriptions que la défense jugeait probantes, sans toutefois l'autoriser à la contre-interroger sur l'absence d'inscriptions faisant état de sévices physiques exercés par sa mère ou sexuels exercés par l'accusé.

Un jury a reconnu l'accusé coupable d'avoir agressé sexuellement les deux sœurs et cinq autres plaignantes. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par l'accusé relativement à deux chefs d'accusation, mais l'a rejeté à tout autre égard.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli à l'égard des

the counts relating to the sister who kept the diary and a new trial ordered with respect to those counts only.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: Although evidence relating to an accused's disposition will generally be excluded, exceptions to this rule arise when the probative value of similar fact evidence outweighs its prejudicial effect. In this case, the cogency of the similar fact evidence rests on the validity of the double inference that firstly, the accused had a situation-specific propensity to groom adolescent girls for sexual gratification by exploiting the cult's beliefs and its domestic arrangements, and secondly, that he proceeded in that way with each complainant. Similarity and unity of the incidents involving the complainant sisters and the others lay in the accused's *modus operandi*, his abuse of power and the theme of quack spiritualism. These incidents overlapped and were to some extent concurrent. This proximity in time made the evidence more cogent. The incidents were also spread over many years, demonstrating, if believed, a degree of extended consistency in behaviour. Similar fact evidence supported a finding of situation-specific behaviour and it was thus open to the jury to draw the double inference.

That said, the trial judge was then required to consider the countervailing issue of potential moral and reasoning prejudice to the accused. The similar fact evidence had significant potential to create moral prejudice and required a high probative value to be admissible. It was inflammatory, and painted the accused as a "bad person" albeit it was not introduced for that purpose and would only incidentally have that effect. It was introduced in response to issues raised by the defence, namely consent in the case of the complainant believers and the defence that the alleged acts never happened in the case of the housekeeper's daughters.

The combination of sex and spiritualism was inevitably inflammatory. The accused's defence to the female complainants who were believers (religiously inspired consent) became more delicate when the jury was told that he also had sexual relations with two sisters from the age of 13 who were not disciples but simply residents of his household. Similarly, the accused's denial of sexual activity with the housekeeper's daughters may have lost much of its force in light of the admitted sexual touching

chefs d'accusation relatifs à la sœur qui a tenu le journal intime, et un nouveau procès est ordonné à l'égard de ces chefs d'accusation seulement.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : Même si la preuve relative à une prédisposition de l'accusé est généralement exclue, cette règle admet des exceptions lorsque la valeur probante de la preuve de faits similaires l'emporte sur son effet préjudiciable. En l'espèce, la force probante de la preuve de faits similaires dépend de la validité de la double inférence voulant, premièrement, que l'accusé ait eu, dans une situation particulière, une propension à initier des adolescentes au plaisir sexuel en exploitant les croyances de la secte par la façon dont la vie commune de la secte était organisée, et deuxièmement, qu'il ait agi de cette façon avec chacune des plaignantes. La similitude et l'unité sous-jacente des épisodes relatifs aux sœurs plaignantes et de ceux relatifs aux autres plaignantes résident dans le *modus operandi* de l'accusé, dans l'abus de pouvoir qu'il a exercé et dans un thème de spiritualisme charlatanesque. Ces épisodes se sont chevauchés et étaient jusqu'à un certain point concomitants. Cette proximité temporelle rendait la preuve plus probante. Les épisodes étaient aussi étalés sur plusieurs années et démontraient, si on y ajoutait foi, l'existence d'un comportement très constant. La preuve de faits similaires étayait une conclusion à l'existence d'un comportement adopté dans une situation particulière. Il était donc loisible au jury de faire la double inférence.

Cela dit, le juge du procès était alors tenu d'examiner la question opposée du préjudice moral et du préjudice par raisonnement que risquait de subir l'accusé. La preuve de faits similaires présentait un risque important de préjudice moral et devait avoir une grande valeur probante pour être admissible. Elle était incendiaire et présentait l'accusé comme une « mauvaise personne », bien qu'elle n'ait pas été produite à cette fin et qu'elle n'ait eu cet effet qu'accessoirement. Elle visait à répondre aux questions soulevées par la défense, à savoir que les plaignantes adeptes étaient consentantes et que les actes allégués n'avaient jamais été accomplis dans le cas des filles de la ménagère.

Le mélange de sexe et de spiritualisme était inévitablement incendiaire. Le moyen de défense invoqué par l'accusé dans le cas des plaignantes adeptes (consentement fondé sur des motifs religieux) s'est fragilisé lorsque le jury a été informé que l'accusé avait aussi commencé à avoir des relations sexuelles avec deux sœurs au moment où elles étaient âgées de 13 ans, lesquelles étaient non pas des adeptes, mais simplement des résidantes de son foyer. De même, la dénégation par l'accusé de toute

of other adolescent girls, to which the only defence was consent (vitiated, so the jury must have found, by the abuse of authority).

With respect to reasoning prejudice, the danger was that the jury might become confused by the multiplicity of incidents, and become distracted by the cumulative force of so many allegations from their task of deciding carefully each charge one by one. However, the accused was not taken by surprise nor limited in his response to any allegation and the jury was properly warned about the prohibition on inferring guilt from general disposition.

After weighing up probative value against prejudice, the trial judge concluded that both the prejudicial effect and the probative value of the similar fact evidence were "significant", but that in the end the probative value prevailed. There is no reason to interfere with that conclusion. Absent error in principle, the decision on weighing probative value against moral and reasoning prejudice rests with the trial judge.

While there was some evidence of opportunity for collusion or collaboration and motive, and of communication among complainants, the evidence was not strong, and the trial judge was right to let the question of collusion go to the jury. The trial judge adequately outlined the defence and did not err by failing to review for the jury each of the alleged dissimilarities in the acts. The dissimilarities clearly emerged in the narrative of each count by each complainant and did not detract very significantly from the probative value of the evidence on the issue of *modus operandi*.

Cross-examination of the complainants was of critical importance. Evidence relevant to a defence can be excluded only if its prejudicial effect substantially outweighs its probative value. Cross-examination in a sexual assault case may distort the search for truth if it puts the complainant on trial and limitations have been imposed by the courts to protect a complainant's privacy interest, particularly where cross-examination may be directed to rape myths. This concern lay at the heart of the trial judge's ruling. The cogency of the proposed cross-examination rested on the unspoken premise that sexual

activité sexuelle avec les filles de la ménagère risquait d'être affaiblie considérablement par les aveux d'attouchements sexuels sur d'autres adolescentes, à l'égard desquels le seul moyen de défense invoqué était le consentement (vicié par l'abus d'autorité, comme doit l'avoir conclu le jury).

En ce qui concerne le préjudice par raisonnement, il existait un risque que le jury soit embrouillé par la multiplicité des faits et que la force cumulative d'un nombre aussi élevé d'allégations l'empêche d'accomplir la tâche qui lui incombait de se prononcer soigneusement sur chacune des accusations l'une après l'autre. Cependant, l'accusé n'a pas été pris au dépourvu et sa réponse aux allégations n'a pas été limitée. De plus, le jury a reçu une mise en garde appropriée au sujet de l'interdiction d'inférer la culpabilité à partir d'une prédisposition générale.

Après avoir déterminé la valeur probante en fonction du préjudice, le juge du procès a conclu que l'effet préjudiciable et la valeur probante de la preuve de faits similaires étaient « importants » tous les deux, mais qu'en fin de compte la valeur probante l'emportait. Il n'y a aucune raison de modifier cette conclusion. En l'absence d'erreur de principe, la décision relative à la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice moral et du préjudice par raisonnement doit être prise par le juge du procès.

Bien qu'elle ait indiqué jusqu'à un certain point qu'il existait un mobile et une possibilité de collusion ou de collaboration et que les plaignantes avaient communiqué entre elles, la preuve était faible et le juge du procès a eu raison de soumettre la question de la collusion à l'appréciation du jury. Le juge du procès a exposé adéquatement le moyen de défense et il n'a commis aucune erreur en ne passant pas en revue pour le jury chacune des différences qu'auraient comportées les actes en cause. Les différences ressortaient clairement du récit que chaque plaignante a fait au sujet de chacun des chefs d'accusation et ne diminuaient pas de façon très importante la valeur probante de la preuve relative à la question du *modus operandi*.

Le contre-interrogatoire des plaignantes avait une importance cruciale. La preuve pertinente relativement à un moyen de défense ne peut être écartée que si son effet préjudiciable l'emporte sensiblement sur sa valeur probante. Le contre-interrogatoire consistant à faire le procès du plaignant dans une affaire d'agression sexuelle risque de fausser la recherche de la vérité. Les tribunaux ont assujetti le contre-interrogatoire à certaines limites afin de protéger le droit du plaignant au respect de sa vie privée, particulièrement lorsque le contre-interrogatoire porte sur des mythes sur le viol. Cette préoccupation

assaults, if they occurred, would have been recorded in the diary.

The diary was not wrongfully taken. The real issue concerned the privacy status of the information it contained. Privacy rights have been disentangled from their roots in private property and a loss of physical possession will not necessarily defeat a privacy interest. Sections 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* address production of personal information and had no application to the admissibility or use of the diary. Having rightly rejected the applicability of ss. 278.1 to 278.9, the trial judge erred on the *voir dire* by applying principles drawn from *O'Connor* related to production of documents to determine the admissibility and use of the diary in cross-examination. The balancing of interest test set out in *O'Connor* applicable to questions of production is not the test for the scope of cross-examination.

The complainant's privacy interest did not substantially outweigh the accused's right to test the complainant's memory by cross-examination on the absence of entries in the diary recording abuse. The omission of entries recording sexual abuse would be probative only if the defence established its premise, namely that there was a reasonable expectation that recordings of abuse, if abuse occurred, would have been made by the complainant. At the time of the trial, the complainant was an adult. Arguable contradictions between her testimony-in-chief and her diary nourished the defence argument that the diary and the omissions provided the more accurate picture of events. The absence of entries recording abuse was potentially probative of the complainant's credibility. The defence was rightly precluded from asking the jury to assume that if abuse had occurred it would have been recorded, but it does not follow that the defence should have been precluded from attempting to demonstrate its premise before the jury using the diary. The court ought not to have assumed how the complainant would respond to the cross-examination. The fact that the entries were mundane or that the complainant's lifestyle or reputation would not be on trial does not eliminate the complainant's privacy interest but it lessens its weight.

est au cœur de la décision du juge du procès. La force probante du contre-interrogatoire projeté était fondée sur la prémisse tacite selon laquelle les agressions sexuelles auraient été consignées dans le journal intime si elles avaient eu lieu.

Il n'y a eu aucune appropriation illicite du journal intime. La véritable question qui se posait concernait la confidentialité des renseignements contenus dans ce journal. On a dégagé le droit à la vie privée de son enracinement dans la propriété privée. La perte de la possession d'un bien ne réduit pas nécessairement à néant le droit à la vie privée. Les articles 278.1 à 278.9 du *Code criminel* concernent la communication de renseignements personnels et ne s'appliquaient ni à l'admissibilité ni à l'utilisation du journal intime. Après avoir rejeté à bon droit l'applicabilité des art. 278.1 à 278.9, le juge du procès a commis une erreur, lors du voir-dire, en appliquant les principes de l'arrêt *O'Connor* liés à la production de documents pour décider si le journal intime était admissible et s'il pouvait être utilisé lors du contre-interrogatoire. Le critère consistant à soupeser des droits qui, d'après l'arrêt *O'Connor*, est applicable aux questions de production n'est pas pertinent en ce qui concerne la portée du contre-interrogatoire.

Le droit à la vie privée de la plaignante ne l'emportait pas sensiblement sur le droit de l'accusé de vérifier la mémoire de la plaignante en la contre-interrogeant sur l'absence, dans son journal intime, d'inscriptions faisant état de sévices. L'absence d'inscriptions faisant état de sévices sexuels ne serait probante que si la défense faisait la démonstration de sa prémisse selon laquelle on s'attendait raisonnablement à ce que la plaignante consigne ces sévices si elle en était victime. Au moment du procès, la plaignante était une adulte. Des contradictions discutables entre son journal intime et le témoignage qu'elle a fait lors de son interrogatoire principal alimentaient l'argument de la défense selon lequel le journal intime et l'absence d'inscriptions qu'on y constatait offraient un portrait plus exact des événements survenus. L'absence d'inscriptions faisant état de sévices pouvait avoir une valeur probante en ce qui concernait la crédibilité de la plaignante. La défense s'est vu interdire à bon droit de demander au jury de tenir pour acquis que les sévices auraient été consignés s'ils avaient été exercés, mais il ne s'ensuit pas qu'il fallait également l'empêcher de tenter de se servir du journal intime pour faire la démonstration de sa prémisse devant le jury. Le tribunal n'aurait pas dû présumer quelles seraient les réponses que la plaignante donnerait lors de son contre-interrogatoire. Sans éliminer le droit à la vie privée de la plaignante, le fait que les inscriptions étaient banales ou que l'on ne faisait pas le procès du mode de vie et de la réputation de cette dernière diminue cependant le poids à accorder à ce droit.

It cannot be said that the verdict on the charges related to this complainant would necessarily have been the same had the cross-examination been permitted, and the curative proviso is therefore inapplicable. An order for a new trial on the charges related to this complainant does not cast doubt on the correctness of the other verdicts. The appeal is therefore dismissed with respect to the other complainants.

Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting in part): The defence should have been required to return the diary to the complainant and to seek its production through the proper statutory channels. The complainant did not abandon her property interest in her diary. Where an individual retains a privacy interest in her property, she cannot be deemed to have abandoned the property. A party alleging abandonment of private goods faces a significant burden of proving a giving up, a total desertion and an absolute relinquishment of the goods. Here, the complainant's property interest necessarily encompassed her privacy interest, and thus the accused's argument that he did not illegally possess the diary because the complainant had abandoned it is without merit. Some of the concerns posed at the production stage of documents may not be present if the accused has already examined the contents of the record to be produced, but this is not an adequate reason to allow accused persons to benefit from unlawfully or wrongfully circumventing the statutory scheme. Such a result frustrates the purpose of the legislation and the constitutional rights of sexual assault victims.

The trial judge correctly refused the defence's cross-examination on the absence of references to abuse in the diary. Defence evidence is only admissible if its probative value substantially outweighs its prejudicial effect. In weighing prejudicial and probative value, the trial judge must consider the complainant's privacy and equality rights as well as the accused's right to full answer and defence. The proposed questions on the absence of entries would have introduced a high potential of prejudice to the complainant, substantially outweighing their probative value. A teenager's diary is high on the spectrum of records in which one has a privacy interest and the complainant had a reasonable, continuing expectation of privacy. Her diary was an outlet for personal self-expression recording intimate details of part of her life and the fact that the entries were mundane did not lessen her

On ne peut pas dire que le verdict prononcé au sujet des accusations relatives à la plaignante dont il est question en l'espèce aurait nécessairement été le même si le contre-interrogatoire avait été autorisé. De ce fait, la disposition réparatrice est inapplicable. Une ordonnance de nouveau procès à l'égard des accusations relatives à la plaignante en question ici ne met pas en doute la justesse des autres verdicts. Le pourvoi est donc rejeté en ce qui a trait aux autres plaignantes.

Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents en partie) : La défense aurait dû être contrainte à remettre à la plaignante son journal intime et à en solliciter la production par les voies légales appropriées. La plaignante n'a pas abandonné son droit de propriété sur son journal intime. La personne qui conserve son droit au respect de sa vie privée à l'égard d'un de ses biens ne peut être présumée avoir abandonné ce bien. La charge de prouver l'abandon de biens personnels incombe à la partie qui plaide ce moyen, et il s'agit d'un fardeau relativement lourd, dont la partie ne peut s'acquitter qu'en prouvant abandon, délaissement total et renonciation absolue touchant les biens en question. En l'espèce, puisque le droit de propriété de la plaignante englobe nécessairement son droit au respect de sa vie privée, l'argument de l'accusé selon lequel il n'était pas illégalement en possession du journal parce que la plaignante l'avait abandonné est dénué de tout fondement. Il est possible que certaines considérations applicables à l'étape de la production de documents ne soient plus présentes lorsque l'accusé a déjà examiné le contenu des documents dont il sollicite la production, mais il ne s'agit pas là d'une raison suffisante pour permettre aux accusés qui parviennent à contourner les mesures prévues par la loi par des moyens illégaux ou illégitimes de bénéficier de leur comportement répréhensible. Un tel résultat ferait échec à l'objectif des dispositions législatives et aux droits constitutionnels des victimes d'agression sexuelle.

Le juge du procès a eu raison de ne pas autoriser la défense à contre-interroger la plaignante sur l'absence de mention de sévices dans son journal intime. La preuve de la défense n'est admissible que si sa valeur probante l'emporte nettement sur son effet préjudiciable. Lorsqu'il soupèse l'effet préjudiciable et la valeur probante, le juge du procès doit prendre en considération le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et l'importance des droits du plaignant à l'égalité et au respect de sa vie privée. Les questions qu'on se proposait de poser sur l'absence de mention dans le journal intime auraient créé un risque élevé de préjudice pour la plaignante, risque l'emportant nettement sur leur valeur probante. Les journaux personnels des adolescents font partie des documents à l'égard desquels le droit à la vie privée est le plus élevé, et la plaignante possédait une attente raisonnable et durable

privacy interest. The court does not examine the contents of a private document to evaluate a privacy interest because informational privacy derives from an assumption that all information about a person is in a fundamental way his or her own. The extensive, wide-ranging cross-examination of much of the entire contents of the diary required to establish an absence of mention of abuse would have aggravated the violation of privacy rights. Moreover, the process of establishing the reliability of the evidence would be time-consuming and potentially sidetrack the trial.

This Court must be sensitive to equality concerns and the policy of encouraging reports of sexual assaults. The defence's rejection of a tailored cross-examination was fatal. Allowing cross-examination on the absence of entries recording abuse would have endorsed the same discriminatory beliefs that underlie the unfounded "recent complaint" myth and wrongly implied that the absence of such entries is support for a conclusion that the events were fabricated. The trial judge correctly considered the proposed cross-examination on a *voir dire*. The defence had a full and fair opportunity on the *voir dire* to lay a rational foundation for the cross-examination but failed to demonstrate any valid reason or rational basis for the questioning. The trial judge correctly held that the probative value of the evidence was minimal, if anything. Furthermore, the right of the accused to make full answer and defence does not stand or fall on whether the accused may engage in this particular line of cross-examination.

As found by the majority, the trial judge did not err in admitting the similar fact evidence.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56; **explained:** *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; **referred to:** *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717; *R. v. C. (M.H.)*, [1991]

en matière de respect de sa vie privée. Son journal servait d'exutoire à son besoin d'expression personnelle et comportait des détails intimes sur une partie de sa vie. De plus, le fait que les inscriptions y figurant étaient banales n'a pas pour effet de réduire le droit de la plaignante au respect de sa vie privée. Les tribunaux n'examinent pas la teneur d'un document personnel pour évaluer le droit de son propriétaire au respect de sa vie privée, parce que, sur le plan de l'information, la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé. Le contre-interrogatoire extensif sur une grande partie du contenu du journal qui aurait été nécessaire pour établir l'absence de mention d'abus aurait eu pour effet d'aggraver la violation des droits relatifs à la vie privée. En outre, la procédure de preuve et contre-preuve sur la question de la fiabilité demanderait un temps considérable et risquerait de faire dévier le procès.

Notre Cour doit être sensible à la fois aux préoccupations relatives à l'égalité qui existent en l'espèce et à la politique qui consiste à encourager les victimes à signaler les agressions sexuelles. La décision par la défense de ne pas procéder à un contre-interrogatoire plus circonscrit sur l'absence de mention des sévices dans le journal a été fatale. Autoriser le contre-interrogatoire sur l'absence de mention d'agression sexuelle dans le journal intime de la plaignante serait revenu à souscrire aux mêmes croyances discriminatoires qui sont à la base du mythe de la « plainte immédiate » et aurait impliqué à tort que l'absence de telles mentions étaye la conclusion que les faits ont été inventés. Le juge du procès a à juste titre examiné, dans le cadre d'un voir-dire, l'opportunité du contre-interrogatoire projeté. La défense a eu amplement la possibilité au cours du voir-dire de démontrer l'existence d'un fondement rationnel justifiant le contre-interrogatoire projeté, mais elle n'a pas réussi à le faire. Le juge du procès a eu raison de conclure que la valeur probante de l'élément de preuve était au mieux minime. De plus, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ne saurait dépendre de la possibilité pour ce dernier de procéder au contre-interrogatoire qu'il proposait de mener.

Comme l'a conclu la majorité, le juge du procès n'a pas fait erreur en admettant la preuve de faits similaires.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué : *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56; **arrêts interprétés :** *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; **arrêts mentionnés :** *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1

1 S.C.R. 763; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421; *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111; *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. R.M.* (1997), 93 B.C.A.C. 81; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting in part)

R. v. Law, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (production of records in sexual offence proceedings), S.C. 1997, c. 30, Preamble.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(*d*).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3), 278.1 to 278.9 [ad. 1997, c. 30, s. 1], 278.2(1) [am. 1998, c. 9, s. 3], 278.3(5), 278.5(2)(*f*), (*g*), 278.6(1), 686(1)(*b*)(iii).

Authors Cited

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990, "abandonment".
Brown, Ray Andrews. *The Law of Personal Property*, 2nd ed. Chicago: Callaghan, 1955.
LaVacca, Joyce B. "Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes" (1988), 19 *Rutgers L.J.* 389.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. IA. Revised by Peter Tillers. Boston: Little, Brown & Co., 1983.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (2000), 143 C.C.C. (3d) 233, 133 B.C.A.C. 121, 217 W.A.C. 121, 31 C.R. (5th) 177, [2000] B.C.J. No. 235 (QL), 2000 BCCA 83, which allowed an appeal with respect to two counts from a decision of Henderson J. but otherwise affirmed the decision. Appeal allowed in

R.C.S. 717; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654; *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421; *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111; *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. R.M.* (1997), 93 B.C.A.C. 81; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29.

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

R. c. Law, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11*d*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3), 278.1 à 278.9 [aj. 1997, ch. 30, art. 1], 278.2(1) [mod. 1998, ch. 9, art. 3], 278.3(5), 278.5(2)*f*), *g*), 278.6(1), 686(1)*b*)(iii).
Loi modifiant le Code criminel (communication de dossiers dans les cas d'infraction d'ordre sexuel), L.C. 1997, ch. 30, préambule.

Doctrine citée

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, 6th ed. St. Paul, Minn. : West Publishing Co., 1990, « *abandonment* ».
Brown, Ray Andrews. *The Law of Personal Property*, 2nd ed. Chicago : Callaghan, 1955.
LaVacca, Joyce B. « Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes » (1988), 19 *Rutgers L.J.* 389.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. IA. Revised by Peter Tillers. Boston : Little, Brown & Co., 1983.
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston : Little, Brown & Co., 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (2000), 143 C.C.C. (3d) 233, 133 B.C.A.C. 121, 217 W.A.C. 121, 31 C.R. (5th) 177, [2000] B.C.J. No. 235 (QL), 2000 BCCA 83, qui a accueilli l'appel interjeté contre une décision du juge Henderson relativement à deux chefs d'accusation, mais qui a confirmé la validité de cette

part, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part.

Richard C. C. Peck, *Q.C.*, *David M. Paciocco* and *Nikos Harris*, for the appellant.

William F. Ehrcke, *Q.C.*, and *Jennifer Duncan*, for the respondent.

Leslie Paine and *Christine Bartlett-Hughes*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Sheilah Martin, *Q.C.*, and *Ritu Khullar*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund.

Frank Addario, for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario).

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

BINNIE J. — This appeal requires us to consider the appropriate limits on the cross-examination of a 42-year-old woman complainant about the contents of a diary she kept as a teenager at the time of alleged sexual abuse, some 27 years before the trial. We must, as well, consider the admissibility of similar fact evidence of other complainants. These and subsidiary questions arise in the prosecution of the appellant, the leader of a marginal cult called the Kabalarians, for sexual offences between 1965 and 1990 that included indecent assault, gross indecency and sexual intercourse with a person under 14 years old. At trial, the appellant was convicted by a British Columbia jury of sexual assault of his housekeeper's two teenage daughters, one of whom is the diarist, and five other young women who were led to believe that what appeared to be sexual misconduct was in fact a religious experience. The appellant was acquitted of all charges in respect of the other complainants.

décision à tout autre égard. Pourvoi accueilli en partie, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie.

Richard C. C. Peck, *c.r.*, *David M. Paciocco* et *Nikos Harris*, pour l'appelant.

William F. Ehrcke, *c.r.*, et *Jennifer Duncan*, pour l'intimée.

Leslie Paine et *Christine Bartlett-Hughes*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Sheilah Martin, *c.r.*, et *Ritu Khullar*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Frank Addario, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE BINNIE — Nous sommes appelés en l'espèce à examiner les limites appropriées du contre-interrogatoire d'une plaignante de 42 ans au sujet du contenu d'un journal intime qu'elle avait tenu pendant son adolescence, à l'époque où elle aurait été victime d'abus sexuels, soit quelque 27 années avant le procès. Nous devons également nous pencher sur l'admissibilité de la preuve de faits similaires d'autres plaignantes. Ces questions ainsi que certaines questions subsidiaires sont soulevées dans le cadre des poursuites intentées contre l'appelant, chef d'une secte marginale appelée les *Kabalarians* (ci-après « Kabalariens »), pour des infractions d'ordre sexuel commises entre 1965 et 1990, dont des attentats à la pudeur, des actes de grossière indécence et des relations sexuelles avec une personne âgée de moins de 14 ans. À son procès devant jury en Colombie-Britannique, l'appelant a été reconnu coupable d'avoir agressé sexuellement les adolescentes de sa ménagère, dont l'auteure du journal intime, et cinq autres jeunes femmes. Ces victimes ont été amenées à croire que ce qui paraissait être une inconduite sexuelle était en fait une expérience religieuse. L'appelant a été acquitté à l'égard de tous les chefs d'accusation relatifs aux autres plaignantes.

2 These convictions were upheld by the British Columbia Court of Appeal with two exceptions not relevant to the legal issues just mentioned: (2000), 143 C.C.C. (3d) 233. There is no cross-appeal on those counts. In my opinion, the appellant's further appeal to this Court should be allowed with respect to the counts relating to one of the housekeeper's daughters (KWG), and a new trial ordered in that respect. The appeal with respect to the other six complainants should be dismissed.

I. Facts

A. *The Kabalarian Teaching*

3 The Kabalarians are a secretive society whose original philosophy seems to have been reduced by the appellant to a hodge-podge of spiritual fantasies (e.g., having sex with disembodied minds). Kabalarians believe that enlightenment is reached through ascension by steps of consciousness. Sexual experience, the appellant says, is a key way to progress to the next level. Perhaps not surprisingly, the appellant preached that he, as the leader, could be instrumental in enabling young girls to reach these higher levels through sexual/spiritual contact with him. The Kabalarian teaching was summarized in part by Donald J.A. in the British Columbia Court of Appeal (citing the appellant's factum), as follows (at para. 18):

> It is the duty of parents to teach their children to develop their minds. Unbalanced minds continue after the death of a body and can be dangerous to living minds by becoming disembodied minds. A living person who is in a negative state of mind is in danger of drawing from the plane of disembodied minds. A person who is having a sexual problem could attract from the negative sexual plane of mind. That person would then need a session to remove the disembodied mind through a medium. This is referred to as "mental work" and could be performed by Mr. Parker [the founder of the Kabalarian philosophy and predecessor to the appellant] and later by [the appellant].

4 Several of the complainants described the appellant's statements in like terms: he talked about

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé les déclarations de culpabilité à deux exceptions près qui ne sont pas pertinentes en ce qui concerne les questions de droit que je viens de mentionner : (2000), 143 C.C.C. (3d) 233. Aucun pourvoi incident n'est formé à l'égard de ces chefs d'accusation. À mon avis, il y a lieu d'accueillir le pourvoi de l'appelant devant notre Cour en ce qui a trait aux chefs concernant l'une des filles de la ménagère (KWG), et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès à cet égard. Il y a lieu de rejeter le pourvoi relativement aux six autres plaignantes.

I. Les faits

A. *L'enseignement kabalarien*

Les Kabalariens constituent une société occulte dont l'appelant semble avoir réduit la philosophie originale à un salmigondis de fantasmes spirituels (par exemple, avoir des relations sexuelles avec des esprits désincarnés). Les Kabalariens croient que l'on parvient à l'éveil en gravissant les échelons de la conscience. Selon l'appelant, l'expérience sexuelle est indispensable pour passer d'un échelon à l'autre. Il n'est peut-être pas étonnant qu'il ait prétendu pouvoir, en sa qualité de chef de la secte, aider des jeunes filles à atteindre ces échelons supérieurs au moyen de contacts sexuels « spirituels » avec lui. Le juge Donald de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, citant le mémoire de l'appelant, a résumé en partie l'enseignement kabalarien en ces termes (au par. 18) :

> [TRADUCTION] Les parents ont le devoir d'apprendre à leurs enfants à développer leur esprit. L'esprit déséquilibré survit au corps qui meurt et peut constituer un danger pour l'esprit des êtres vivants en devenant un esprit désincarné. La personne vivante qui est dans un état d'esprit négatif risque d'être possédée par des esprits désincarnés. La personne qui éprouve un problème sexuel pourrait attirer un esprit sexuel négatif. Cette personne devrait alors se soumettre à une séance au cours de laquelle un médium tenterait de chasser l'esprit désincarné. C'est ce qui est appelé « travail mental » et qui pouvait être effectué par M. Parker [fondateur de la philosophie kabalarienne et prédécesseur de l'appelant] et, plus tard, par [l'appelant].

Plusieurs des plaignantes ont décrit les propos de l'appelant dans des termes semblables à ceux-ci :

relieving them of "a negative plane of mind", helping the complainant to become a "medium", assisting a complainant's spiritual development to reach a higher plane of mind through him (since he was a "high spiritual being"), performing a "mental demonstration" (while engaged in physical sexual touching), being close to the "principle" ("universal consciousness"), developing the complainant into an "instrument" and reaching mental oneness through physical oneness. The appellant told some of them during "mental demonstrations" that their negative or disembodied plane of mind revealed that they wanted to be raped.

I should make it clear that the Kabalarian philosophy as such is not and never was on trial. Its relevance to this case is only as background to the distinctive sexual embellishments apparently added by the appellant. There was some evidence that these sexual embellishments were not part of Kabalarianism under the leadership of the appellant's predecessor.

The appellant cautioned his "pupils" that they shared a special relationship or bond with him and should not tell anyone else. He suggested to some of the complainants that they were being subjected to sexual intercourse while they slept by the "minds" of dead priests. Many of the complainants testified that since the appellant was the spiritual leader of the Kabalarians, they believed at the time that his purpose was spiritual and not for his own sexual gratification. There was shock on the part of some when he used the word "fuck" because the Kabalarian philosophy did not permit swearing. One testified that the appellant said his "sperm was spiritual [and] that it would not make [her] pregnant".

B. *The Complainants*

The 11 original complainants were divided into two groups by the defence for procedural purposes including assessing similar fact evidence, grouping similar defences, and the application for severance of the charges.

il parlait de les libérer d'un [TRADUCTION] « esprit négatif », d'aider la plaignante à devenir un « médium », de favoriser le développement spirituel d'une plaignante afin qu'elle puisse atteindre un niveau d'esprit plus élevé grâce à lui (étant donné qu'il est un « être spirituel supérieur »), de faire une « démonstration mentale » (en se livrant à des attouchements sexuels), d'être proche du « principe » (« conscience universelle »), de faire de la plaignante un « instrument » et de parvenir à l'union mentale par l'union physique. Au cours de « démonstrations mentales », l'appelant a dit à certaines d'entre elles que leur esprit négatif ou désincarné indiquait qu'elles voulaient être violées.

5 Je tiens à rappeler clairement que la philosophie kabalarienne comme telle n'est pas et n'a jamais été en cause. En l'espèce, elle n'est pertinente que pour situer dans leur contexte les élucubrations sexuelles distinctives que l'appelant a apparemment ajoutées. Certains éléments de preuve indiquaient que ces éléments sexuels ne faisaient pas partie du mouvement kabalarien au moment où il était dirigé par le prédécesseur de l'appelant.

6 L'appelant a prévenu ses « élèves » qu'il existait entre elles et lui un rapport ou un lien particulier qui devait rester secret. Il a indiqué à certaines plaignantes que les « esprits » de prêtres décédés avaient des relations sexuelles avec elles pendant leur sommeil. Plusieurs plaignantes ont témoigné avoir cru à l'époque que, parce qu'il était le chef spirituel des Kabalariens, l'appelant agissait à des fins spirituelles et non dans le but de tirer un plaisir sexuel. Certaines d'entre elles avaient été bouleversées de l'entendre prononcer le mot « *fuck* », étant donné que la philosophie kabalarienne interdisait les jurons. Une plaignante a déclaré avoir entendu l'appelant dire que son [TRADUCTION] « sperme était spirituel [et] qu'il ne [la] rendrait pas enceinte ».

B. *Les plaignantes*

7 La défense a réparti les 11 plaignantes initiales en deux groupes à des fins procédurales, notamment pour évaluer la preuve de faits similaires et rassembler les moyens de défense analogues, ainsi que pour les besoins de la demande de séparation des chefs d'accusation.

(1) The Housekeeper's Daughters

8 The "G" complainants are two sisters (KWG and SG) who resided with the appellant at a group Kabalarian residence (the "Centre") located in Vancouver. The two sisters, about a year apart in age, lived on the top floor of the house in one room with their mother, who had earlier been the housekeeper for the Kabalarians' founder and stayed on to work with the appellant. The mother was a believer. The sisters were not. For most of the time the appellant was the only adult male in the household of 10 to 12 people. SG said they believed that if they resisted the appellant's sexual advances they and their mother would be "kicked out" of the house. The appellant's defence to the charges of sexual abuse of the G complainants was simply that the alleged acts never occurred. He did not testify at the trial.

(2) The Teenage Disciples

9 The "non-G" complainants did not reside with the appellant but in their own homes located close to the Centre where they went for "religious" instruction. They were believers. The situs of the alleged misconduct was at the Centre itself or at a summer camp run by the Kabalarians in the Okanagan Valley. Those counts that led to convictions generally alleged less serious offences than those alleged by the G sisters. The appellant's defence, moreover, was different in that he conceded sexual touching occurred but argued that either the non-G complainants consented or that he reasonably believed that they had consented.

C. *The Application for Severance*

10 The appellant applied at trial for a severance of the counts related to the G complainants from the other complainants but this was denied by the trial

(1) Les filles de la ménagère

Les plaignantes « G » sont deux sœurs (KWG et SG) qui habitaient avec l'appelant dans une résidence commune de la secte kabalarienne (le « Centre »), située à Vancouver. Les deux sœurs, nées à environ un an d'intervalle, vivaient dans une pièce située à l'étage supérieur de la maison, avec leur mère qui avait été la ménagère du fondateur des Kabalariens et qui était demeurée au service de l'appelant. La mère était une adepte de la secte. Les sœurs ne l'étaient pas. La plupart du temps, l'appelant était le seul adulte de sexe masculin dans ce ménage composé de 10 à 12 personnes. SG a affirmé que sa sœur et elle croyaient que, si elles résistaient aux avances sexuelles de l'appelant, leur mère et elles seraient « expulsées » de la maison. Pour se défendre contre les accusations d'abus sexuels commis contre les plaignantes G, l'appelant a simplement fait valoir que les actes allégués n'avaient jamais été accomplis. Il n'a pas témoigné au procès.

(2) Les adolescentes qui étaient des adeptes de la secte

Les plaignantes autres que les sœurs G habitaient non pas avec l'appelant, mais dans leurs maisons respectives situées à proximité du Centre, où elles se rendaient pour y recevoir un enseignement « religieux ». Elles étaient des adeptes de la secte. L'inconduite en question aurait eu lieu au Centre lui-même ou dans un camp d'été exploité par les Kabalariens dans la vallée de l'Okanagan. Les chefs d'accusation déposés faisaient généralement état d'infractions moins graves que celles alléguées par les sœurs G. De plus, l'appelant a invoqué un moyen de défense différent en reconnaissant l'existence d'attouchements sexuels, mais en prétendant que les plaignantes autres que les sœurs G étaient alors consentantes ou encore qu'il avait des motifs raisonnables de croire qu'elles étaient consentantes.

C. *La demande de séparation des chefs d'accusation*

Lors du procès, l'appelant a demandé que les chefs d'accusation relatifs aux plaignantes G soient séparés de ceux relatifs aux autres plaignantes. Le

judge who ruled that the 20 counts were similar fact evidence for one another and could therefore appropriately be tried together.

D. *The Diary*

One of the housekeeper's daughters, KWG, kept a daily diary for eight months in 1970. She began it when she was 14 years old. The day-to-day entries covered part of the 10-year period (December 1966 to January 1976) when she alleged sexual abuse by the appellant and physical abuse by her mother at the appellant's instigation. The diary made no mention of either kind of abuse. When she left the house six years later, in a hurry she says, her mother put some of her belongings in a cardboard box in a storage area shared with other residents. Over 22 years later, after the appellant had been indicted, another resident of the house stumbled across the diary (mistaking the cardboard box to be her own). Seeing KWG's name written on the diary, she realized what it was and turned it over to the defence without alerting either KWG, the Crown or the police. The existence of the diary was not disclosed by the defence until mid-trial after KWG had completed her evidence-in-chief.

II. Constitutional and Statutory Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal;

juge du procès a rejeté cette demande après avoir conclu que les 20 chefs d'accusation constituaient une preuve de faits similaires l'un envers l'autre et qu'ils pouvaient donc à bon droit être instruits ensemble.

D. *Le journal intime*

11 Pendant huit mois en 1970, KWG, l'une des filles de la ménagère, a tenu chaque jour un journal intime. Elle avait 14 ans lorsqu'elle a commencé à le faire. Les inscriptions quotidiennes concernaient une partie de la période de 10 ans (de décembre 1966 à janvier 1976) pendant laquelle elle aurait, d'après elle, été victime d'abus sexuels de la part de l'appelant et, à l'instigation de celui-ci, de sévices physiques de la part de sa mère. Le journal ne fait état ni d'abus sexuels ni de sévices physiques. Lorsqu'elle a quitté la maison six ans plus tard, précipitamment selon ses dires, sa mère a rangé une partie de ses biens dans une boîte de carton qu'elle a ensuite placée dans une aire de remisage partagée avec d'autres résidents. Plus de 22 années plus tard, après l'inculpation de l'appelant, une autre résidante de la maison a découvert par hasard le journal intime (après avoir cru à tort que la boîte de carton était la sienne). En apercevant les initiales de KWG sur le journal intime, elle a compris ce dont il s'agissait et l'a remis à la défense sans prévenir KWG, le ministère public ou la police. La défense n'a révélé l'existence du journal intime qu'au milieu du procès, après la fin de l'interrogatoire principal de KWG.

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives

Charte canadienne des droits et libertés

12 **7.** Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit :

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46

265. . . .

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

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

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

(*c*) fraud; or

(*d*) the exercise of authority.

. . .

278.1 For the purposes of sections 278.2 to 278.9, "record" means any form of record that contains personal information for which there is a reasonable expectation of privacy and includes, without limiting the generality of the foregoing . . . personal journals and diaries . . . .

278.2 (1) No record relating to a complainant or a witness shall be produced to an accused in any proceedings in respect of [listing designated offences] . . . except in accordance with sections 278.3 to 278.91.

III. Judgments

A. *British Columbia Supreme Court — Henderson J.*

(1) Severance of the Counts / Similar Fact Evidence

13 At the trial, defence counsel applied after the non-G complainants testified and before the G sisters were examined to have the G counts severed from the counts relating to the other (original) nine complainants. The trial judge ruled the evidence to be admissible as similar facts:

In my view, the prejudicial effect of the [G] evidence is, in this case, outweighed by its probative value. The nature of the sexual acts testified to by the [Gs], their frequency, and the sorts of things said by the accused to the [Gs] will, if believed by the jury, assist them in assess-

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46

265. . . .

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

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

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

c) soit de la fraude;

d) soit de l'exercice de l'autorité.

. . .

278.1 Pour l'application des articles 278.2 à 278.9, « dossier » s'entend de toute forme de document contenant des renseignements personnels pour lesquels il existe une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée, notamment : [. . .] le journal intime . . .

278.2 (1) Dans les poursuites pour une infraction mentionnée ci-après, ou pour plusieurs infractions dont l'une est une infraction mentionnée ci-après, un dossier se rapportant à un plaignant ou à un témoin ne peut être communiqué à l'accusé que conformément aux articles 278.3 à 278.91 : . . .

III. Les jugements

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — le juge Henderson*

(1) Séparation des chefs d'accusation et preuve de faits similaires

Au procès, après le témoignage des plaignantes autres que les sœurs G, mais avant l'interrogatoire des sœurs G, l'avocat de la défense a demandé que les chefs d'accusation relatifs aux plaignantes G soient séparés de ceux relatifs aux neuf autres plaignantes (initiales). Le juge du procès a conclu qu'il s'agissait d'une preuve de faits similaires admissible :

[TRADUCTION] À mon avis, la valeur probante du témoignage [des sœurs G], en l'espèce, l'emporte sur son effet préjudiciable. La nature des actes sexuels mentionnés par les [sœurs G], leur fréquence et le genre de propos tenus par l'accusé aux [sœurs G] aideront le jury,

ing the credibility of an assertion by the accused that the other acts with the other complainants were not sexual in nature but intended only to serve a spiritual purpose. That appears to be the fundamental issue with regard to those complainants. It is said that they consented through fraud, the fraud being the misrepresentation to which I have referred.

The evidence of the [Gs] is highly relevant to that central issue as it tends to rebut a defence of an innocent non-sexual purpose and a genuine consent by the complainants.

Having ruled the evidence admissible as similar facts, the trial judge dismissed the severance application.

(2) Cross-examination on the Personal Diary

The trial judge said the threshold issue was

whether or not [KWG] has waived any interest in maintaining privacy over the information as opposed to caring about possession of the physical paper. She may have abandoned the piece of paper, she may not need it or want it anymore. That doesn't necessarily mean she is happy to have the world know about the information that's in there.

The trial judge also held that ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* did not apply because the diary was already in the possession of the defence. No order of production was therefore either sought or required.

Applying the principles set out in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, the trial judge looked to the "individual pieces of information that [defence counsel] seeks to elicit and the way in which he intends to use the diary in order to determine, item by item, whether the balance is tipped in favour of the accused's right to make full answer and defence or, alternatively, tipped in favour of preserving the continuing privacy interests of the complainant".

The trial judge ruled that the appellant would be permitted to use the diary in all the ways he asked, except for two: he would not be able to cross-

s'il y ajoute foi, à apprécier la crédibilité de la prétention de l'accusé que les actes accomplis avec les autres plaignantes n'étaient pas de nature sexuelle, mais visaient un but purement spirituel. Cela paraît être la question fondamentale en ce qui concerne ces plaignantes. Elles prétendent avoir consenti sous l'effet d'une fraude résultant de la déclaration inexacte que j'ai mentionnée.

Le témoignage des [sœurs G] est très pertinent relativement à cette question centrale puisqu'il tend à réfuter un moyen de défense fondé sur un but non sexuel innocent et sur le consentement véritable des plaignantes.

14 Après avoir décidé que le témoignage était admissible à titre de preuve de faits similaires, le juge du procès a rejeté la demande de séparation des chefs d'accusation.

(2) Contre-interrogatoire portant sur le journal intime

15 Le juge du procès a dit que la question préliminaire était

[TRADUCTION] de savoir si [KWG] avait renoncé à tout droit à sa vie privée à l'égard des renseignements contenus dans son journal intime, au lieu de se soucier de la possession du journal lui-même. Il se peut qu'elle ait abandonné ce document et qu'elle n'en ait plus besoin ou n'en veuille plus. Cela ne signifie pas nécessairement qu'elle est heureuse que les renseignements qu'il contient soient portés à la connaissance de tout le monde.

Le juge du procès a aussi conclu que les art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel* ne s'appliquaient pas étant donné que la défense avait déjà en sa possession le journal intime. Aucune ordonnance de communication n'était donc demandée ou nécessaire.

16 Appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, le juge du procès a examiné [TRADUCTION] « chaque renseignement que [l'avocat de la défense] cherch[ait] à obtenir et la façon dont il entend[ait] utiliser le journal intime pour déterminer, élément par élément, si la balance pench[ait] en faveur du droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou encore en faveur de la protection du droit à la vie privée que continu[ait] de posséder la plaignante ».

17 Le juge du procès a autorisé l'appelant à utiliser le journal intime de toutes les façons sollicitées, à l'exception de deux : il ne pourrait pas contre-

examine about the lack of references in the diary to KWG being beaten by her mother, nor could he cross-examine on the lack of references in the diary to the alleged sexual assaults. The appellant was permitted to use the diary in all the other ways sought, including to contradict KWG's evidence about publicly observable events, such as school activities attended, clothing worn and events celebrated. He was permitted to use the diary to show that she expressed in it positive feelings towards the appellant. He was permitted to cross-examine KWG on the fact that the diary covered a period of eight months, when she had earlier said in her evidence that she only kept a diary for a couple of weeks. And he was permitted to cross-examine her on the fact that although she had earlier testified that the sexual acts occurred in the appellant's den on a fairly regular basis, the diary showed that the den was undergoing major renovations which resulted in its not being used for a period of about three months in the spring of 1970.

18 In short, the appellant was permitted to cross-examine on each of the entries he considered probative, but not on the absence of entries dealing with physical and sexual abuse.

B. *British Columbia Court of Appeal* (2000), 143 C.C.C. (3d) 233

19 The court, *per* Donald J.A., dealt with the appeal as follows:

(1) Similar Fact Evidence

20 Donald J.A. concluded that the "evidence was such that a reasonable jury properly instructed could find in the words of the trial judge 'substantial and significant similarities' constituting a pattern and it was proper for the trial judge to let the jury use the evidence as similar facts if they chose to do so" (para. 67).

interroger KWG sur l'absence, dans son journal intime, de mention des coups qu'elle aurait reçus de sa mère ou des agressions sexuelles dont elle aurait été victime. L'appelant pourrait utiliser le journal intime de toutes les autres façons sollicitées, y compris pour contredire le témoignage de KWG concernant des faits publiquement observables, tels que les activités scolaires auxquelles elle a participé, les vêtements qu'elle portait et les événements célébrés. Il pourrait utiliser le journal intime pour montrer qu'elle y exprimait des sentiments positifs à son égard. Il lui serait loisible de contre-interroger KWG sur le fait que le journal intime concernait une période de huit mois, alors qu'elle avait déclaré dans son témoignage n'avoir tenu un journal intime que pendant deux ou trois semaines seulement. Il lui était aussi permis de la contre-interroger sur le fait que, même si elle avait déjà témoigné que les actes sexuels avaient été accomplis de façon assez régulière dans le bureau de l'appelant, le journal intime indiquait que ce bureau avait fait l'objet de rénovations majeures qui l'avaient rendu inutilisable pendant environ trois mois au printemps de 1970.

Bref, l'appelant était autorisé à procéder à un contre-interrogatoire au sujet de chacune des inscriptions qu'il considérait probantes, mais non sur l'absence d'inscriptions faisant état de sévices physiques et sexuels.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (2000), 143 C.C.C. (3d) 233

La cour, sous la plume du juge Donald, a statué sur l'appel de la façon suivante :

(1) Preuve de faits similaires

Le juge Donald a décidé que la [TRADUCTION] « preuve était telle qu'un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait constater, pour reprendre les mots du juge du procès, "l'existence de similitudes importantes et significatives" reflétant une tendance, et [que] le juge du procès avait eu raison de permettre au jury d'utiliser la preuve à titre de preuve de faits similaires, s'il jugeait bon de le faire » (par. 67).

As to the defence objection that the trial judge should have listed the dissimilarities along with the similarities in his charge to the jury, Donald J.A. acknowledged that it "would have been preferable" (para. 68) for the trial judge to do so, but in the circumstances of this trial, it had not been necessary. Both sides' counsel thoroughly discussed the similarities and dissimilarities and the "differences stressed by the defence were obvious and unlikely to be ignored by the jury in their deliberations on the similar fact issues. The flaw in the charge was only an imperfection not amounting in my opinion to a reversible error" (para. 69).

21 Quant à l'objection de la défense selon laquelle le juge du procès aurait dû énumérer les différences en même temps que les similitudes dans son exposé au jury, le juge Donald a reconnu qu'il [TRADUCTION] « aurait été préférable » (par. 68) que le juge du procès le fasse, mais que, dans les circonstances, il n'avait pas à le faire. Les avocats des deux parties avaient examiné attentivement les similitudes et les différences, et les [TRADUCTION] « différences soulignées par la défense étant évidentes, il était peu probable que le jury n'en tiendrait pas compte dans ses délibérations relatives aux questions de faits similaires. La lacune que comportait l'exposé au jury n'était qu'une imperfection qui, selon moi, ne constituait pas une erreur justifiant une annulation » (par. 69).

(2) Diary

The appellant contended that the restriction on cross-examining the complainant on certain aspects of her diary impeded his right to full answer and defence. He did not seek "production" under ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*. Rather than a "simple balanc[ing]" of privacy rights and probative value as in an *O'Connor* motion for production of third party records, the trial judge should have required that the complainant's privacy right be shown to "substantially outweigh" the defendant's fair trial rights: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, and *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595.

(2) Le journal intime

22 L'appelant a prétendu que les limites imposées au contre-interrogatoire de la plaignante relativement à certains aspects de son journal intime ont porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Il ne sollicitait pas la « communication » de renseignements en vertu des art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*. Au lieu de procéder à une [TRADUCTION] « simple évaluation » du droit à la vie privée et de la valeur probante comme dans le cas d'une requête de type *O'Connor* visant la production de dossiers détenus par des tiers, le juge du procès aurait dû exiger la preuve que le droit à la vie privée de la plaignante [TRADUCTION] « l'emport[ait] sensiblement » sur le droit du défendeur à un procès équitable : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, et *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595.

Donald J.A. held that *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, "shifted the balance away from the primary emphasis on the rights of the accused" (para. 93) and introduced a "new direction" (para. 96). *Mills*, he wrote, "requires a reconsideration of the position of the complainant, and in particular the equality rights of the complainant, so as to effectively guard against procedures which deny complainants equal access to and benefit of the law" (para. 93).

23 Le juge Donald a conclu que l'arrêt *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, [TRADUCTION] « a marqué la fin de la prédominance des droits de l'accusé » (par. 93) et le début d'une [TRADUCTION] « nouvelle orientation » (par. 96). Selon lui, l'arrêt *Mills* [TRADUCTION] « oblige à réexaminer le point de vue du plaignant et, en particulier, ses droits à l'égalité de façon à éviter, en fait, les procédures qui privent les plaignants de l'égalité d'accès à la loi et de bénéfice de la loi » (par. 93).

Donald J.A. agreed that there was a high privacy intrusion since questioning on the absence of entries

24 Le juge Donald a convenu qu'il y avait une grave atteinte à la vie privée en raison de l'impos-

could not be done without opening the whole diary to scrutiny (para. 87); further, the prosecution may then have been "compelled to fully review the contents to show that such reference was not in keeping with the apparent purpose of the diary" (para. 72). The complainant KWG was a "virtual prisoner" at the Kabalarian Centre and under the powerful control of the appellant. It would be "highly unlikely that she would record the abuse" (para. 86). Further, Donald J.A., after having "perused" the diary, concluded that the "style and content do not suggest that if abuse had occurred the complainant would have confided it to her diary" (para. 86).

(3) Disposition

25 The court allowed the appeal with respect to two counts because the charge to the jury did not distinguish the counts which pre-dated from those which post-dated the s. 265 amendment to the *Criminal Code* in 1983 that provided that the abuse of authority could vitiate consent. This error was conceded by Crown counsel. A new trial was ordered on these counts. The appeal was otherwise dismissed.

IV. Analysis

26 The appellant says that he was denied the opportunity to make full answer and defence in two important ways. First he was confronted with *irrelevant* evidence in the counts involving the housekeeper's daughters, namely the so-called "similar fact" evidence of the other complainants, and vice versa. Secondly, he was denied the opportunity to use to the full the *relevant* evidence already in his possession, namely the diary, in his cross-examination of KWG. The existence of the diary caught her unawares after she had committed herself to a particular version of events during her evidence-in-chief and he was entitled to shake her credibility in cross-examination by demonstrating inconsistencies

sibilité de poser des questions sur l'absence d'inscriptions sans procéder à un examen approfondi de tout le journal intime (par. 87). Il se pouvait aussi que le ministère public ait alors [TRADUCTION] « dû en examiner intégralement le contenu afin de démontrer qu'une telle mention n'était pas conforme à l'objet apparent du journal intime » (par. 72). La plaignante KWG était une [TRADUCTION] « prisonnière virtuelle » du Centre kabalarien et était assujettie au puissant contrôle de l'appelant. Il était [TRADUCTION] « très improbable qu'elle consignerait les sévices » (par. 86). En outre, après avoir « lu attentivement » le journal intime, le juge Donald a conclu que [TRADUCTION] « [l]e style et le contenu du journal intime ne tendent pas à indiquer que, si elle avait fait l'objet de sévices, la plaignante aurait noté ce fait dans son journal » (par. 86).

(3) Dispositif

La cour a accueilli l'appel à l'égard de deux chefs d'accusation pour le motif que, dans son exposé au jury, le juge du procès n'avait pas établi de distinction entre les chefs antérieurs et les chefs postérieurs à la modification apportée, en 1983, à l'art. 265 du *Code criminel*, qui prévoyait que l'abus d'autorité pouvait vicier le consentement. L'avocat du ministère public reconnaissait l'existence de cette erreur. Un nouveau procès a été ordonné relativement à ces chefs d'accusation. L'appel a été rejeté à tout autre égard.

IV. Analyse

L'appelant prétend qu'on lui a refusé de deux manières importantes la possibilité de présenter une défense pleine et entière. Premièrement, les chefs d'accusation déposés contre lui relativement aux filles de la ménagère comportaient des éléments de preuve *non pertinents*, notamment la preuve dite « de faits similaires » des autres plaignantes, et vice-versa. Deuxièmement, on ne lui a pas permis d'utiliser pleinement l'élément de preuve *pertinent* qu'il avait déjà en sa possession, à savoir le journal intime, en contre-interrogeant KWG. L'existence du journal intime avait pris KWG au dépourvu après qu'elle s'en fut tenue à une version particulière des faits pendant son interrogatoire principal,

between her testimony and what was (or was not) recorded.

et l'appelant avait le droit d'attaquer sa crédibilité, au cours du contre-interrogatoire, en démontrant l'existence de contradictions entre son témoignage et ce qu'elle avait (ou n'avait pas) consigné dans son journal.

I will deal with these contentions and a number of subsidiary points, in turn.

27 J'examinerai à tour de rôle ces prétentions et un certain nombre de points subsidiaires.

A. *The Similar Fact Evidence*

A. *La preuve de faits similaires*

28 It is not possible in this case to understand the full measure of the situation confronting the trial judge and counsel without saying something about the allegations made by each of the principal complainants.

28 Il est impossible, en l'espèce, de comprendre dans toute sa plénitude la situation à laquelle devaient faire face le juge du procès et les avocats, sans parler des allégations de chacune des principales plaignantes.

29 Donald J.A. helpfully summarized the alleged "similar facts" relating to each of these complainants and, for convenience, I reproduce his description with a few minor additions and subtractions (at paras. 21-52):

29 Le juge Donald a résumé utilement les « faits similaires » allégués relativement à chacune de ces plaignantes. Pour des raisons de commodité, je reproduis, avec quelques ajouts et retraits mineurs, la description qu'il en a donnée (aux par. 21-52) :

[TRADUCTION]

K. W.-G. [KWG]

K. W.-G. [KWG]

[KWG], her younger sister S.G., and her mother moved into the Centre when [KWG] was seven years old. . . .

[KWG] était âgée de sept ans au moment où sa sœur cadette S.G., sa mère et elle ont emménagé dans le Centre . . .

. . .

. . .

The first incident of [the appellant allegedly] touching [KWG] occurred when she was twelve years old. He told her not to tell anyone, especially her mother.

Le premier épisode d'attouchement de [KWG] [auquel se serait livré l'appelant] a eu lieu quand elle avait 12 ans. Il lui a dit de n'en parler à personne, et surtout pas à sa mère.

[KWG] described numerous incidents of sexual touching in the den, the stairwell and the shower. In one incident in the den [the appellant] spoke of "removing disembodied planes of mind" and told her he was going to make her into a beautiful young lady. Acts of intercourse began when [KWG] was 13. These events occurred approximately once per month and continued until she moved out of the house [when she was about 20].

[KWG] a décrit de nombreux épisodes d'attouchements sexuels dans le bureau, l'escalier et la douche. Au cours d'un épisode dans le bureau, [l'appelant] a parlé de « chasser des esprits désincarnés » et il lui a dit qu'il allait faire d'elle une belle jeune femme. Les relations sexuelles ont débuté lorsque [KWG] avait 13 ans. Ces événements se produisaient à peu près une fois par mois et se sont poursuivis jusqu'à ce qu'elle quitte la maison [à l'âge d'environ 20 ans].

. . .

. . .

. . . At the time of the trial [KWG] had commenced civil proceedings against [the appellant] and the Kabalarian Society.

. . . Au moment du procès, [KWG] avai[t] déjà intenté des poursuites civiles contre [l'appelant] et la « Kabalarian Society ».

S.G.

S.G. moved into the Centre when she was six years old and resided there until she was 18. She described life at the Centre as a "living hell".

The first incident of sexual touching occurred when she was twelve. [The appellant allegedly] tickled her and touched her breasts. After that, whenever she was alone with him he would try to touch her breasts.

When S.G. was 13 [the appellant] told her that he was thinking of making her an "instrument" and she must trust him completely. He then [allegedly] fondled her breasts and told her not to tell anyone.

Between the ages of 13 and 18, S.[G.] [allegedly] performed oral sex on [the appellant] at least 30 times. When she was 14 he performed oral sex on her and this occurred at least 50 times over the next four years. They first had intercourse when S.[G.] was 18. [S.G. ultimately had an abortion. She said the appellant was the father.]

. . .

C.K.

C.[K.]'s parents joined the [Kabalarians] when she was nine years old. [She] participated in [Kabalarian schooling] and went to the [Kabalarian Camp] in the summers.

[The appellant allegedly] kissed C.[K.] when she was 13 in September or October 1970. The next incident of sexual touching occurred in 1971. Similar incidents took place approximately four times per month, usually in the den at the Centre, until C.[K.] was about 19.

C.[K.] testified that during the touching [the appellant] told her that [it was not for his satisfaction but] to remove a condition or plane of mind that was affecting her. When she was about 16 the discussion turned to her potential to become a medium. [C.K. was a believer.]

. . .

C.[K.] ceased involvement with the [Kabalarians] at about 23 or 24 years of age.

S.G.

S.G. avait six ans lorsqu'elle a emménagé dans le Centre et elle y est demeurée jusqu'à l'âge de 18 ans. Elle a qualifié d'« enfer » sa vie au Centre.

Le premier épisode d'attouchement sexuel a eu lieu quand elle avait 12 ans. [L'appelant] l'[aurait] chatouillée et lui [aurait] touché les seins. Par la suite, chaque fois qu'elle se trouvait seule avec lui, il a tenté de lui toucher les seins.

Alors que S.G. était âgée de 13 ans, [l'appelant] lui a dit qu'il songeait à en faire un « instrument » et qu'elle devait lui faire entièrement confiance. Il lui [aurait] alors caressé les seins et lui aurait demandé de n'en parler à personne.

Entre 13 et 18 ans, S.[G.] [aurait] pratiqué la fellation sur [l'appelant] à au moins 30 reprises. Lorsqu'elle était âgée de 14 ans, il lui a fait un cunnilingus, et l'a refait au moins 50 fois au cours des quatre années suivantes. Leur première relation sexuelle a eu lieu quand S.[G.] avait 18 ans. [S.G. a finalement subi un avortement. Elle a affirmé que l'appelant était le père de l'enfant.]

. . .

C.K.

C.[K.] avait neuf ans quand ses parents ont adhéré [aux Kabalariens]. [Elle] a fréquenté [l'école kabalarienne] et a passé des étés au [camp kabalarien].

[L'appelant aurait] embrassé C.[K.] quand elle avait 13 ans, en septembre ou octobre 1970. L'épisode subséquent d'attouchements s'est produit en 1971. Des épisodes semblables se sont répétés environ quatre fois par mois, habituellement dans le bureau situé au Centre, jusqu'à ce que C.[K.] soit âgée d'à peu près 19 ans.

C.[K.] a témoigné que, pendant les attouchements, [l'appelant] lui disait qu'il le faisait [non pas pour son plaisir, mais] pour la libérer d'un état d'esprit qui l'affectait. Au moment où elle était âgée d'environ 16 ans, il lui a parlé de la possibilité de devenir un médium. [C.K. était une adepte de la secte.]

. . .

C.[K.] a quitté les [Kabalariens] à environ 23 ou 24 ans.

J.V.

J.V. became a Kabalarian at age five when her mother joined the [group].

In 1972 . . . [i]t was revealed by [the appellant] that the mind of a dead priest had been raping J.V. in her sleep. [When they were alone, the appellant] touched and kissed J.V.'s breasts and told her that she was a beautiful young woman and that this experience brought her mentally closer to him and the "principle".

A series of sexual touching incidents occurred in the den at the Centre. There was one instance of digital vaginal penetration.

J.V. testified that she did not [at the time] regard the touching as being sexual acts, but that [the appellant] was trying to help her mentally. She would not have allowed it to occur had she believed it was for his sexual gratification.

. . .

J.T.

J.T.'s parents were members of the [Kabalarians] when she was born in 1965. She attended Kabalarian [classes] until she was 21.

J.T. described an instance of sexual touching which occurred in the den at the Centre in 1984 when she was aged 19. [The appellant] performed a mental demonstration . . . whereby the voice of a priest came through [one of the women present] and indicated that J.T. had sexual "hang-ups". [The appellant then] admonished the [dead] priest and put him to sleep. [When J.T. was alone with the appellant he] offered to "help" . . . and rubbed her breasts and placed his hand into her panties. He then placed her hand on his penis at which point J.T. said she did not wish matters to go further and he stopped. J.T. did not [at the time] believe that the acts had been for [the appellant's] sexual gratification.

J.A.

J.A. became involved [with the Kabalarians] when she was eight years old.

There were a number of incidents of kissing and sexual touching which occurred at [the Kabalarian camp] in the summer of 1985 when J.A. was 15.

[Thereafter she met the appellant] in the den at the Centre, usually after she had requested an interview with

J.V.

J.V. est devenue Kabalarienne à cinq ans lorsque sa mère a adhéré au [groupe].

En 1972, [. . .] [l'appelant] a révélé à J.V. que l'esprit d'un prêtre décédé la violait pendant son sommeil. [Lorsqu'elle était seule avec lui, l'appelant] lui touchait et embrassait les seins et lui disait qu'elle était une belle jeune femme et que cette expérience la rapprochait mentalement de lui et du « principe ».

Une série d'épisodes d'attouchements sexuels a eu lieu dans le bureau du Centre. Dans un cas, il y a eu une pénétration vaginale avec les doigts.

J.V. a témoigné qu'[à l'époque] elle ne considérait pas les attouchements comme des actes sexuels, mais croyait plutôt que [l'appelant] tentait de l'aider mentalement. Elle n'aurait pas permis que cela se produise si elle avait cru qu'il le faisait pour en tirer un plaisir sexuel.

. . .

J.T.

Les parents de J.T. étaient membres des [Kabalariens] lorsqu'elle est née en 1965. Elle a suivi des [cours] kabalariens jusqu'à l'âge de 21 ans.

J.T. a décrit un épisode d'attouchements sexuels survenu au bureau du Centre, en 1984, alors qu'elle était âgée de 19 ans. [L'appelant] a procédé à une démonstration mentale [. . .] au cours de laquelle la voix d'un prêtre se serait manifestée [par l'intermédiaire d'une des femmes présentes] et aurait indiqué que J.T. avait des « inhibitions » sexuelles. [L'appelant a alors] interpellé le prêtre [décédé] et l'a apaisé. [Quand J.T. s'est trouvée seule avec l'appelant, celui-ci] a offert de l'« aider » [. . .]; il lui a caressé les seins et a introduit la main dans sa culotte. Il lui a alors placé la main sur son pénis; c'est à ce moment que J.T. lui a dit qu'elle ne voulait pas aller plus loin, et qu'il s'est arrêté. J.T. ne croyait pas [à l'époque] que [l'appelant] avait accompli ces actes pour en tirer un plaisir sexuel.

J.A.

J.A. a commencé à [participer aux activités des Kabalariens] à l'âge de huit ans.

Un certain nombre d'épisodes de baisers et d'attouchements sexuels se sont produits au [camp kabalarien] pendant l'été de 1985, alors que J.A. était âgée de 15 ans.

[Par la suite, elle a rencontré l'appelant] au bureau du Centre, habituellement après avoir demandé un entretien

him. During these interviews [the appellant] would [allegedly] kiss her and touch her breasts. [The appellant] told her that he was creating a bond between them and that it was a link for her to feel close to ["]the principle["]. [She said t]his occurred approximately 25 times, extending into 1986. Her contact with [the appellant] ceased when she turned 18.

At the time of the events, J.A. did not think that [the appellant] had any sexual motivation, but believed that he was trying to assist her. She viewed him as a master and a teacher.

. . .

S.A.

S.A. was born in 1969 and her parents joined the [Kabalarians] when she was seven years old.

In 1985, after Teenage Class, [the appellant allegedly] took her into the den at the Centre and French kissed her on two or three occasions. He first touched her intimately when she was 17. S.A. had initiated the meeting because she was seeking counselling from him regarding an instance of childhood sexual abuse. [She says the appellant] cuddled her and massaged her breasts.

When S.A. was 18, she initiated a meeting because she was considering seeking professional counselling. [She says the appellant] cuddled and kissed her and placed her hand over his clothed penis. He told her the reason he was being intimate with her was because *she* was obsessed by a sexual plane of mind that needed to be dealt with.

At the time of the events S.[A.] believed that [the appellant] was trying to assist her. She would not have permitted him to touch her if she felt it was for his sexual gratification. [Emphasis added.]

30 The issue, as stated, is whether the testimony of the "G" sisters was improperly used as similar fact evidence in the counts involving the non-residential complainants, and vice versa. This appeal was argued at the same time as *R. v. Handy*, [2002] 2 S.C.R. 908, 2002 SCC 56, and the analysis explained in that case will be applied here.

avec lui. Pendant ces entretiens, [l'appelant] l'aurait embrassée et lui aurait touché les seins. [L'appelant] lui a dit qu'il créait un lien entre eux et que ce lien lui permettrait de se sentir proche du [«] principe [»]. [Elle a dit que c]ela s'était produit environ 25 fois, jusqu'en 1986. Elle a cessé d'avoir des contacts avec [l'appelant] lorsqu'elle a eu 18 ans.

À l'époque de ces épisodes, J.A. ne pensait pas que [l'appelant] avait quelque mobile d'ordre sexuel, croyant plutôt qu'il tentait de l'aider. Elle voyait en lui un maître et un éducateur.

. . .

S.A.

S.A. est née en 1969 et ses parents ont adhéré [aux Kabalariens] quand elle avait sept ans.

En 1985, après la classe des adolescents, [l'appelant l'aurait] emmenée au bureau du Centre et l'aurait embrassée lascivement à deux ou trois reprises. Il lui a fait des attouchements intimes pour la première fois lorsqu'elle avait 17 ans. S.A. avait demandé à le rencontrer parce qu'elle voulait qu'il la conseille au sujet d'un épisode d'abus sexuel vécu pendant son enfance. [Elle dit que l'appelant] lui a caressé et massé les seins.

Lorsqu'elle était âgée de 18 ans, S.A. a demandé à le rencontrer parce qu'elle voulait obtenir des services de consultation professionnelle. [Elle affirme que l'appelant] l'a caressée et embrassée et qu'il lui a fait poser la main sur son pénis couvert par ses vêtements. Il lui a dit que la raison de ses rapports intimes avec elle était qu'*elle* était obsédée par un esprit sexuel dont il fallait s'occuper.

À l'époque de ces épisodes, S.[A.] croyait que [l'appelant] essayait de l'aider. Elle ne lui aurait pas permis de la toucher si elle avait eu l'impression qu'il le faisait pour en tirer un plaisir sexuel. [Italiques ajoutés.]

La question, telle que formulée, est de savoir si le témoignage des sœurs « G » a été utilisé de manière inappropriée comme preuve de faits similaires à l'égard des chefs d'accusation relatifs aux plaignantes qui ne résidaient pas au Centre, et vice-versa. Le présent pourvoi a été plaidé en même temps que l'affaire *R. c. Handy*, [2002] 2 R.C.S. 908, 2002 CSC 56, et l'analyse effectuée dans cet arrêt sera appliquée en l'espèce.

(1) The Double Inference

The similar fact evidence provided by the G complainants was only circumstantial evidence in relation to the non-G counts and vice versa. As with all circumstantial evidence, the cogency of the similar fact evidence rested entirely on the validity of the inferences it could be said to support with respect to the issues in question. The Crown's argument for its admission was that the jury could legitimately make a "double inference", firstly that the appellant has a situation-specific propensity to groom adolescent girls for sexual gratification by exploiting pseudo-religious elements of the Kabalarian cult and/or its related domestic arrangements at the Kabalarian "Centre", and secondly, that his character or propensity thus established gives rise to the further inference that he proceeded in that way with the complainant in each of the charges under the jury's consideration.

I find unconvincing the appellant's attempt to compartmentalize himself into spiritual leader (to the non-G complainants) and head of household (to the G complainants) and to dress that up as an important "dissimilarity". The G complainants were obliged by their mother's spiritual beliefs as well as her job to live in the relatively closed world of the Kabalarian cult. The appellant's "spiritual" hold on the mother delivered her daughters into his power. Nor in my view is it significant that the G complainants were allegedly initiated into his sexual practices at an earlier age than the non-G complainants. Their live-in status simply made them available sooner.

(2) The Test

Handy, *supra*, affirms the test for admissibility of similar fact evidence set out in *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, and *R. v. B. (C.R.)*, [1990] 1 S.C.R. 717. It was there held that although evidence relating to the accused's disposition will generally be excluded, exceptions to this rule will

(1) La double inférence

31 La preuve de faits similaires offerte par les plaignantes G ne constituait qu'une preuve circonstancielle à l'égard des chefs d'accusation relatifs aux autres plaignantes, et vice-versa. À l'instar de toute preuve circonstancielle, la force probante de la preuve de faits similaires dépend entièrement de la validité des inférences qu'elle étaye relativement aux questions soulevées. L'argument que le ministère public a avancé en faveur de son admission était que le jury pouvait légitimement faire une « double inférence », à savoir, en premier lieu, que, dans une situation particulière, l'appelant a une propension à initier des adolescentes au plaisir sexuel en exploitant des éléments pseudo-religieux de la secte kabalarienne ou par la façon dont la vie commune est organisée au « Centre » kabalarien, ou les deux à la fois, et en deuxième lieu, que sa moralité ou sa propension ainsi établie permettent en outre d'inférer qu'il a agi de cette façon avec la plaignante pour ce qui est de chacun des chefs d'accusation examinés par le jury.

32 Je juge non convaincante la tentative de l'appelant de se présenter comme un chef spirituel (à l'égard des plaignantes autres que les sœurs G) et un chef de famille (à l'égard des plaignantes G) et de soutenir qu'il s'agit là d'une importante « différence ». Les plaignantes G étaient obligées, en raison des croyances spirituelles et de l'emploi de leur mère, de vivre dans le monde relativement fermé de la secte kabalarienne. L'emprise « spirituelle » de l'appelant sur la mère avait pour effet d'assujettir à son autorité les filles de cette dernière. J'estime également qu'il est sans importance que les plaignantes G aient, allègue-t-on, été initiées aux pratiques sexuelles de l'appelant à un plus jeune âge que les autres plaignantes. Leur statut de résidantes les a simplement rendues disponibles plus tôt.

(2) Le critère

33 L'arrêt *Handy*, précité, confirme l'application du critère d'admissibilité de la preuve de faits similaires énoncé dans les arrêts *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, et *R. c. B. (C.R.)*, [1990] 1 R.C.S. 717. Dans ces arrêts, la Cour a statué que, même si la preuve relative à la prédisposition de l'accusé est

arise when the probative value of the evidence outweighs its prejudicial effect, *per* McLachlin J. (as she then was) in *B. (C.R.)*, at pp. 734-35:

> The analysis of whether the evidence in question is admissible must begin with the recognition of the general exclusionary rule against evidence going merely to disposition. . . . [E]vidence which is adduced solely to show that the accused is the sort of person likely to have committed an offence is, as a rule, inadmissible. Whether the evidence in question constitutes an exception to this general rule depends on whether the probative value of the proposed evidence outweighs its prejudicial effect.

34 McLachlin J. formulated the test for admissibility of disposition or propensity evidence, at p. 732:

> . . . evidence of propensity, while generally inadmissible, may exceptionally be admitted where the probative value of the evidence in relation to an issue in question is so high that it displaces the heavy prejudice which will inevitably inure to the accused where evidence of prior immoral or illegal acts is presented to the jury.

35 The policies underlying the test, and some of the difficulties in its application, were subsequently discussed in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Lepage*, [1995] 1 S.C.R. 654; *R. v. Arp*, [1998] 3 S.C.R. 339; and, most recently, in *Handy*, *supra*.

36 I acknowledge in this case the exceptional prejudice of the similar fact evidence. It is bad enough for a spiritual leader to be accused of taking sexual liberties with his disciples. It is a good deal worse to have the added element of child abuse. Similarly in the case of the G complainants, child abuse is made worse, if possible, when overlaid with spiritual cant.

37 In light of the principles established in the cases mentioned above, I propose to consider the admissibility of each of these incidents as "similar facts"

généralement exclue, cette règle admet des exceptions lorsque la valeur probante de la preuve l'emporte sur son effet préjudiciable (madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *B. (C.R.)*, p. 734-735) :

> Pour déterminer si la preuve en question est admissible, il faut d'abord reconnaître la règle générale d'exclusion de la preuve qui ne tend qu'à établir la propension. [. . .] [L]a preuve présentée dans le seul but d'établir que l'accusé est le genre de personne susceptible d'avoir commis une infraction, est en principe inadmissible. La question de savoir si la preuve en question constitue une exception à cette règle générale dépend de savoir si la valeur probante de la preuve présentée l'emporte sur son effet préjudiciable.

Madame le juge McLachlin a formulé, à la p. 732, le critère d'admissibilité de la preuve de prédisposition ou de propension :

> . . . la preuve de la propension, bien que généralement irrecevable, peut exceptionnellement être admise lorsque la valeur probante de la preuve relative à une question soulevée est tellement grande qu'elle l'emporte sur le préjudice grave que subira inévitablement l'accusé si la preuve d'actes immoraux ou illégaux antérieurs est présentée au jury.

Les politiques qui sous-tendent le critère de même que certaines difficultés que pose son application ont été analysées par la suite dans les arrêts *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763, *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, *R. c. Lepage*, [1995] 1 R.C.S. 654, et *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, ainsi que, tout dernièrement, dans l'arrêt *Handy*, précité.

Je reconnais, en l'espèce, que la preuve de faits similaires est susceptible de causer un préjudice peu commun. Il est assez mauvais pour un chef spirituel de se voir accusé de s'être livré à des actes sexuels avec ses adeptes. La situation est d'autant plus grave lorsqu'il est question, en plus, de sévices infligés à des enfants. De même, dans le cas des plaignantes G, les sévices infligés à des enfants sont encore plus graves, si tant est que cela soit possible, lorsqu'ils se superposent à un jargon spirituel.

Compte tenu des principes établis dans la jurisprudence susmentionnée, je compte examiner sous les angles suivants l'admissibilité de chacun

in relation to the other incidents in terms of (a) the probative value of the evidence, (b) assessment of the potential prejudice, and (c) the weighing up of probative value versus prejudice. In doing so I will follow the steps described in *Handy*.

(a) *The Probative Value of the Evidence*

The initial requirement is to determine whether the similar fact evidence is indeed strong enough to be capable of *properly* raising in the minds of the jury the double inference contended for by the Crown in relation to the "issues in question" raised by the defence.

(i) The Strength of the Evidence, Including the Potential for Collusion

As the test of admissibility weighs probative value against prejudice, a question that quickly emerges is whether the Crown is able to lead cogent evidence of the alleged similar acts. In this case, the similar acts are all the subject of distinct charges. They are therefore, in any event, before the jury for a verdict. Apart from the usual issues of credibility, the appellant says there is evidence of collusion.

The theory of similar fact evidence turns largely on the improbability of coincidence. Collusion, by offering an alternative explanation for the "coincidence" of evidence emanating from different witnesses, destroys its probative value, and therefore the basis for its admissibility.

In *Handy*, we held that where there is an air of reality to the allegation of collusion, the trial judge, in assessing the admissibility of the similar fact evidence, must be satisfied on a balance of probabilities that the evidence is not the product of concoction. This is inherent in deciding whether, as a matter of law, the evidence has sufficient probative value to overcome the prejudice.

de ces épisodes en tant que « faits similaires » par rapport aux autres épisodes : a) la valeur probante de la preuve, b) l'évaluation du risque de préjudice, et c) la détermination de la valeur probante en fonction du préjudice. Ce faisant, je vais suivre les étapes décrites dans l'arrêt *Handy*.

a) *La valeur probante de la preuve*

38 Il faut d'abord déterminer si la preuve de faits similaires est suffisamment probante pour pouvoir amener *à bon droit* le jury à faire les deux inférences préconisées par le ministère public relativement aux « questions soulevées » par la défense.

(i) La force probante de la preuve, y compris la possibilité de collusion

39 Étant donné que le critère d'admissibilité consiste à soupeser la valeur probante en fonction du préjudice, la question qui se pose aussitôt est de savoir si le ministère public est en mesure de soumettre une preuve probante de l'existence des actes similaires allégués. En l'espèce, les actes similaires font tous l'objet d'accusations distinctes. Ils sont donc, de toute façon, soumis au jury pour qu'il prononce un verdict. Outre les questions habituelles de crédibilité, l'appelant soutient qu'il existe une preuve de collusion.

40 La théorie de la preuve de faits similaires repose en grande partie sur l'improbabilité d'une coïncidence. En offrant une autre explication de la « coïncidence » des témoignages émanant de différents témoins, la collusion en détruit la valeur probante et, par le fait même, la raison de les admettre.

41 Dans l'arrêt *Handy*, nous avons statué que, dans le cas où l'allégation de collusion est vraisemblable, le juge du procès doit, en déterminant l'admissibilité de la preuve de faits similaires, être convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve n'est pas le fruit d'une fabrication. Cela est nécessaire pour décider si, en droit, la preuve a suffisamment de valeur probante pour l'emporter sur le préjudice.

42 If this threshold test is passed, the jury must determine for itself what weight, if any, to assign to the similar fact evidence.

43 There was evidence of some communication among the complainants. With respect to the G sisters, this was almost inevitable. They had also kept in touch with JV. Other complainants were in touch with each other prior to trial. Civil proceedings had been commenced by the G sisters for compensation and to close down the Kabalarians. KWG expressed the hope that the appellant would "rot in Hell".

44 The evidence here is far more speculative than in *Handy*. In that case, there was consultation between the complainant and the similar fact witness *prior* to the alleged offence about the prospect of financial profit. Here, there is some evidence of opportunity for collusion or collaboration and motive, but nothing sufficiently persuasive to trigger the trial judge's gatekeeper function. There is no reason here to interfere with the trial judge's decision to let the collusion issue go to the jury. He instructed the jury to consider "all of the circumstances which affect the reliability of that evidence including the possibility of collusion or collaboration between the complainants". He defined collusion as the possibility that the complainants, in sharing their stories with one another, intentionally or accidentally allowed themselves to change or modify their stories in order that their testimony would seem more similar or more convincing. It was for the jury to make the ultimate determination whether the evidence was "reliable despite the opportunity for collaboration" or that "less weight or no weight should be given to evidence which may have been influenced by the sharing of information".

45 While the trial judge did not specifically link the potential of collusion to the issue of admissibility, he appears to have thought collusion (as distinguished

Dans le cas où ce critère préliminaire est respecté, le jury doit déterminer le poids à accorder, s'il y a lieu, à la preuve de faits similaires.

Il existait une preuve que les plaignantes avaient communiqué jusqu'à un certain point entre elles. En ce qui a trait aux sœurs G, cela était pratiquement inévitable. Elles étaient aussi restées en contact avec JV. D'autres plaignantes étaient en contact les unes avec les autres avant le procès. Les sœurs G avaient déjà intenté des poursuites civiles dans le but d'obtenir une indemnité et de mettre fin aux activités des Kabalariens. KWG a dit espérer que l'appelant aille [TRADUCTION] « brûler en enfer ».

La preuve soumise en l'espèce est beaucoup plus conjecturale que celle présentée dans l'affaire *Handy*. Dans *Handy*, il y avait eu, *avant* l'infraction alléguée, consultation entre la plaignante et le témoin à l'origine de la preuve de faits similaires au sujet de la possibilité de réaliser un profit. Dans la présente affaire, la preuve indique jusqu'à un certain point l'existence d'un mobile et d'une possibilité de collusion ou de collaboration, mais n'établit rien d'assez convaincant pour déclencher l'exercice de la fonction de gardien du juge du procès. En l'espèce, il n'y a aucune raison de modifier la décision du juge du procès de soumettre la question de la collusion à l'appréciation du jury. Dans ses directives, il a invité le jury à examiner [TRADUCTION] « toutes les circonstances ayant une incidence sur la fiabilité de cette preuve, y compris la possibilité de collusion ou de collaboration entre les plaignantes ». Il a défini la collusion comme la possibilité qu'en se racontant leurs histoires respectives les plaignantes aient modifié intentionnellement ou accidentellement leurs histoires pour que leurs témoignages paraissent plus similaires ou convaincants. Il appartenait au jury de décider en fin de compte si la preuve était [TRADUCTION] « fiable malgré la possibilité de collaboration » ou s'il y avait lieu « d'accorder moins de poids ou aucun poids à une preuve qui pouvait avoir été influencée par des échanges de renseignements ».

Même si le juge du procès n'a pas expressément établi un lien entre la possibilité de collusion et la question de l'admissibilité, il semble avoir estimé

from contact) was not a serious danger. The evidence supports his decision. He was justified in letting the collusion issue go to the jury with an appropriate warning.

(ii) Identification of the Issues in Question

In the case of the G complainants, the appellant's defence was that the acts described by them simply did not occur. The central issue is the *actus reus* and whether the appellant's blanket denial in that regard is credible. Probative value is alleged by the Crown to be found in the distinctive exploitive techniques and cult-related promiscuity of the appellant described by the non-G complainants in the various incidents, and in the unlikelihood that absent collusion the two sisters would concoct stories having so many similarities to each other and to the other nine original non-G complainants.

With respect to the non-G complainants, the defence is that the sexual touching occurred but the complainants consented. The issue, thus, is whether the appellant's exercise of spiritual authority prevented the formation of true consent (with respect to charges that predated the 1983 amendments to the *Criminal Code*) or vitiated consent to the extent consent was given (post-1983 counts). The appellant's alleged exploitation of the G complainants might be thought by the jury to demonstrate sufficient situation-specific propensities for non-spiritual sex to negative the appellant's claimed innocent "spiritual" purpose.

(iii) Similarities and Dissimilarities Between the Facts Charged and the Similar Fact Evidence

The cogency of the similar fact evidence in this case is said to arise from the repetitive and predictable nature of the appellant's conduct in closely

que la collusion (à la différence du contact) ne représentait pas un danger sérieux. La preuve étaye sa décision. Il a eu raison de soumettre la question de la collusion à l'appréciation du jury après lui avoir fait une mise en garde appropriée.

(ii) La détermination des questions soulevées

46 En ce qui concerne les plaignantes G, la défense de l'appelant a consisté à prétendre que les actes qu'elles avaient décrits n'avaient tout simplement jamais été accomplis. La question centrale concerne l'*actus reus* et est de savoir si le démenti général de l'appelant à cet égard est crédible. Le ministère public soutient que la valeur probante réside dans les techniques d'exploitation distinctives utilisées et dans la promiscuité pratiquée par l'appelant au sein de la secte, que les plaignantes autres que les sœurs G ont décrites au sujet des divers épisodes, ainsi que dans l'improbabilité qu'en l'absence de collusion les deux sœurs aient inventé des histoires comportant autant de similitudes entre elles et avec le récit des neuf plaignantes initiales autres que les sœurs G.

47 Quant aux plaignantes autres que les sœurs G, on fait valoir en défense que les attouchements sexuels ont eu lieu, mais que les plaignantes étaient consentantes. Il s'agit donc de savoir si l'exercice de l'autorité spirituelle de l'appelant a empêché la formation d'un consentement véritable (en ce qui concerne les chefs antérieurs aux modifications apportées au *Code criminel* en 1983) ou a vicié le consentement dans la mesure où il y a eu consentement (quant aux chefs postérieurs à 1983). Le jury pourrait considérer que l'exploitation des plaignantes G à laquelle se serait livré l'appelant démontre l'existence, dans une situation particulière, d'une propension à des relations sexuelles non spirituelles suffisante pour réfuter le but « spirituel » innocent invoqué par l'appelant.

(iii) Les similitudes et les différences entre les faits reprochés et la preuve de faits similaires

48 En l'espèce, la force probante de la preuve de faits similaires découle, prétend-on, de la nature répétitive et prévisible de la conduite de l'appelant

defined circumstances. There must therefore be shown a persuasive degree of connection between the similar fact evidence and the offence charged in order to be *capable* of raising the double inferences. The degree of required similarity is assessed in relation to the issue sought to be established and must be evaluated in relation to the other evidence in the case. If the cumulative result is simply to paint the appellant as a "bad person", it is inadmissible.

49 The Crown's position is that the appellant utilized a distinctively bizarre *modus operandi* which runs like a common thread through the incidents charged.

50 While the sexual acts themselves were not particularly distinctive, the underlying unity lies in the alleged abuse of a cult leader's authority. It is the fantastic sales pitch and rationale developed by the appellant that could be considered "particular and distinctive" (*Handy*, *supra*, at paras. 77-79). While it is not necessary to reach for these epithets or insert catch words into the test — as explained in *B. (C.R.)* — such distinctiveness enhances probative value.

a. *Proximity in Time of the Similar Acts*

51 The incidents involving the G complainants and the non-G complainants overlapped and were to some extent concurrent. Proximity in time makes the evidence more cogent as it reduces the likelihood that the appellant had changed his ways. The fact the evidence related to incidents spread over 25 years demonstrated, if believed, a degree of extended consistency in behaviour.

b. *Extent to Which Other Acts Are Similar in Detail to the Charged Conduct*

52 Similarity does not lie in the physical sexual acts themselves (the G counts are far more serious). The incidents occurred in private places on Kabalarian premises and sexual touching began in the majority

dans des circonstances bien précises. Pour être *en mesure* de faire la double inférence, il faut donc démontrer l'existence d'un lien convaincant entre la preuve de faits similaires et l'infraction reprochée. Le degré requis de similitude dépend de la question que l'on veut prouver et doit être évalué en fonction des autres éléments de preuve soumis dans l'affaire. La preuve de faits similaires qui a simplement pour résultat cumulatif de présenter l'appelant comme une « mauvaise personne » est inadmissible.

Le ministère public soutient que l'appelant avait un *modus operandi* singulièrement étrange qui constitue le dénominateur commun des épisodes reprochés.

Même si les actes sexuels eux-mêmes n'étaient pas particulièrement distinctifs, l'unité sous-jacente réside dans l'abus d'autorité auquel se serait livré un chef de secte. C'est le boniment et le raisonnement invraisemblables de l'appelant qui pourraient être considérés comme « particuli[ers] et distincti[fs] » (*Handy*, précité, par. 77-79). Bien qu'il ne soit pas nécessaire de recourir à ces épithètes ou d'introduire des mots-vedettes dans le critère — comme on l'explique dans l'arrêt *B. (C.R.)* — un tel caractère distinctif renforce la valeur probante.

a. *La proximité temporelle des actes similaires*

Les épisodes relatifs aux plaignantes G et ceux relatifs aux autres plaignantes se sont chevauchés et étaient jusqu'à un certain point concomitants. La proximité temporelle rend la preuve plus probante du fait qu'elle réduit la probabilité que l'appelant ait modifié son comportement. Le fait que la preuve ait concerné des épisodes étalés sur plus de 25 ans démontrait, si on y ajoutait foi, l'existence d'un comportement très constant.

b. *La mesure dans laquelle les autres actes ressemblent dans leurs moindres détails à la conduite reprochée*

La similitude ne réside pas dans les actes sexuels eux-mêmes (les chefs d'accusation relatifs aux sœurs G sont beaucoup plus graves). Les épisodes sont survenus dans des lieux privés situés dans

of cases when the complainants were under 18. The G complainants were the youngest, at 13 years old, although CK was only 14 and JA was 15. The similarities really lay in the *modus operandi* employed by the appellant to create sexual opportunities. This will be discussed below.

c. *Number of Occurrences of the Similar Acts*

There were originally 20 counts involving 11 different complainants. The appellant was convicted of 12 of the counts involving 7 complainants. There were (if believed) hundreds of incidents. There were clearly enough instances of alleged similar facts to support a finding of *modus operandi* or situation specific behaviour.

d. *Circumstances Surrounding or Relating to the Similar Acts*

The surrounding circumstances are united by the allegation of gross abuse of power by a cult leader. The spiritual theme is more dominant in the non-G counts because "spiritualism" was the source of the appellant's power over the complainants who did not live under his roof. Nevertheless, the "spiritual" theme surfaced in the testimony of KWG ("removing disembodied planes of mind") and SG (being made an "instrument"). For example SG, one of the housekeeper's daughters, testified as follows:

I can't remember how old I was, but I would say I was around 17 or so and [the appellant] brought me, told me to meet him in the den or brought me into the den and then [another resident] came who is what they called their instrument. He proceeded to have a mental demonstration and through the mental demonstration they picked up a disembodied plane off me that had a desire to be raped. And then they brought out a couple of other ones, but that one is one I remembered because when

l'établissement kabalarien, et les attouchements sexuels ont commencé dans la plupart des cas lorsque les plaignantes avaient moins de 18 ans. Ce sont les plaignantes G qui étaient les plus jeunes, ayant 13 ans à l'époque, quoique CK n'ait eu que 14 ans et JA 15 ans. Les similitudes résident en réalité dans le *modus operandi* employé par l'appelant pour créer des occasions d'exploitation sexuelle. Ce point sera analysé plus loin.

c. *La fréquence des actes similaires*

53 Au départ, il y avait 20 chefs d'accusation relatifs à 11 plaignantes différentes. L'appelant a été reconnu coupable de 12 chefs d'accusation relatifs à 7 plaignantes. Il y aurait eu (si l'on ajoute foi aux témoignages) des centaines d'épisodes. Il y avait nettement assez d'allégations de faits similaires pour étayer une conclusion à l'existence d'un *modus operandi* ou d'un comportement adopté dans une situation particulière.

d. *Les circonstances entourant les actes similaires ou s'y rapportant*

54 Les circonstances entourant les actes reprochés ont en commun une allégation d'abus de pouvoir flagrant de la part d'un chef de secte. Le thème spirituel domine davantage dans les chefs d'accusation relatifs aux plaignantes autres que les sœurs G du fait que le « spiritualisme » était la source du pouvoir de l'appelant sur les plaignantes qui ne demeuraient pas sous son toit. Le thème « spirituel » a pourtant été évoqué dans le témoignage de KWG ([TRADUCTION] « chasser des esprits désincarnés ») et dans celui de SG (devenir un « instrument »). À titre d'exemple, SG, l'une des filles de la ménagère, a fait le témoignage suivant :

[TRADUCTION] Je ne me souviens pas quel âge j'avais, mais je dirais que j'avais environ 17 ans et que [l'appelant] m'a emmenée, m'a dit de le rencontrer dans le bureau ou m'a emmenée dans le bureau, puis est entrée [une autre résidante] qui était ce qu'ils appelaient leur instrument. Il s'est livré à une démonstration mentale et, grâce à cette démonstration mentale, ils se sont emparés d'une partie désincarnée de moi qui désirait être violée. Ils se sont ensuite emparés de deux ou trois autres

she left [the appellant] told me that I must have had a desire to be raped.

55 The combination of spiritualist imagery (achieving higher states of awareness) and horror stories (invasion of young girls by disembodied minds), and the supposed prophylactic power of the appellant's sexual touching to ward off these horrific threats is, to say the least, distinctive.

56 Within the Kabalarian Centre, the appellant, as leader, exercised predominantly secular power over his housekeeper's teenaged daughters. However, this secular power derived from their physical presence dictated by their mother's spiritual adherence to the cult. Their availability, and his willingness to exploit it, was equally part and parcel of his alleged fantasy world.

57 The jury might reasonably think that abuse of power to obtain sexual gratification at the expense of adolescent girls who were to a greater or lesser extent in his charge over a period of 25 years shows a sexually manipulative personality with a spiritualist twist that goes beyond "general" disposition or "mere" propensity ("bad personhood") which would foster a "forbidden type of reasoning" from bad personhood to guilt: *Director of Public Prosecutions v. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), at p. 453. The distinctive spiritualist colouration is a strong unifying factor. So is the age of the majority of complainants when initiated, and the insistence on confidentiality even though the appellant's conduct in the non-G cases was ostensibly cult-sanctioned, and therefore nothing to be ashamed of. More understandably, the G complainants were also told to keep silent.

58 A jury might reasonably conclude that the appellant's behaviour in these different settings was sufficiently situation specific to warrant the drawing of the double inferences.

parties, mais c'est de celle-là dont je me souviens parce que quand elle a quitté, [l'appelant] m'a dit que je devais avoir eu un désir d'être violée.

La combinaison d'images spiritualistes (atteindre des niveaux de conscience supérieurs), d'histoires d'horreur (jeunes filles possédées par des esprits désincarnés), et de prétendu pouvoir prophylactique des attouchements sexuels auquel l'appelant se livrait pour écarter ces horribles menaces est, pour le moins, distinctive.

En sa qualité de chef du Centre kabalarien, l'appelant exerçait un pouvoir principalement séculier sur les deux adolescentes de sa ménagère. Ce pouvoir séculier découlait toutefois de leur présence physique imposée par l'adhésion spirituelle de leur mère à la secte. Leur disponibilité et sa volonté d'en tirer profit faisaient également partie intégrante de son prétendu monde de fantasmes.

Le jury pourrait raisonnablement penser que l'abus de pouvoir destiné à procurer un plaisir sexuel, auquel l'appelant a soumis pendant 25 ans des adolescentes qui étaient plus ou moins à sa charge, révèle une personnalité de manipulateur sexuel assortie d'une touche de spiritualisme allant au-delà d'une prédisposition « générale » ou d'une « simple » propension (« mauvaise personnalité »), ce qui pourrait l'amener à adopter le « raisonnement interdit » consistant à conclure qu'une personne est coupable en raison de sa mauvaise personnalité : *Director of Public Prosecutions c. Boardman*, [1975] A.C. 421 (H.L.), p. 453. La connotation spiritualiste distinctive constitue un puissant dénominateur commun. Il en est de même de l'âge auquel la plupart des plaignantes ont été initiées à des pratiques sexuelles et du fait que l'appelant a insisté pour que tout demeure confidentiel même si sa conduite avec les plaignantes autres que les sœurs G était apparemment sanctionnée par la secte et n'avait donc rien de honteux. Les plaignantes G avaient elles aussi, et cela est plus compréhensible, reçu la consigne de ne rien dire.

Un jury pourrait raisonnablement conclure que le comportement de l'appelant dans ces contextes différents était suffisamment lié à une situation particulière pour justifier la double inférence.

e. *Any Distinctive Feature(s) Unifying the Incidents of the Similar Acts*

The appellant contends that the trial judge erred in failing to appreciate the distinctive *dissimilarities* as between the G and non-G complainants, and in failing to bring some of the dissimilarities already mentioned to the attention of the jury.

In my view, this objection advocates an excessively mechanical approach. The judge's task is not to add up similarities and dissimilarities and then, like an accountant, derive a net balance. At microscopic levels of detail, dissimilarities can always be exaggerated and multiplied. This may result in distortion: *Litchfield*, *supra*. At an excessively macroscopic level of generality, on the other hand, the drawing of similarities may be too facile. Where to draw the balance is a matter of judgment. In this case, for the reasons already given, the "differences" urged by the appellant do not have the importance he asserts. The defence, as discussed earlier, wants to compartmentalize the appellant into roles. I do not think this is realistic. The Kabalarian cult created a closed domestic and "spiritual" system under the appellant's authority to which all of the complainants, to a greater or lesser extent, were subject.

The appellant objects that not only did the trial judge fail to take into account distinctive dissimilarities in ruling on admissibility, but having admitted the similar fact evidence, he failed to point out adequately the dissimilarities in his instructions to the jury. On this point, as well, I agree with Donald J.A. The trial judge was not required to sum up the two sides of an artificially constructed ledger as contended for by the appellant. It was open to him to do so, if he considered it helpful, but in the circumstances, it was not essential. The dissimilarities did not detract very significantly from the probative value of the evidence on the issue of *modus operandi*, and clearly emerged in the narrative of each count by each complainant. The differences were skilfully advocated by defence counsel in his closing address. The trial

e. *Tout trait distinctif commun aux épisodes d'actes similaires*

59 L'appelant prétend que le juge du procès a commis une erreur en n'appréciant pas les *différences* distinctives entre les plaignantes G et les autres plaignantes, et en ne portant pas à l'attention du jury certaines différences déjà mentionnées.

60 À mon avis, cette objection favorise le recours à une approche trop machinale. La tâche du juge ne consiste pas à additionner les similitudes et les différences, puis, à la manière d'un comptable, à en tirer un solde net. Au niveau microscopique des détails, il est toujours possible d'exagérer et de multiplier les différences. Il peut en résulter une déformation des faits : *Litchfield*, précité. En revanche, à un niveau de généralité démesurément macroscopique, il peut être trop facile de trouver des similitudes. L'équilibre à atteindre est une question de jugement. En l'espèce, pour les raisons déjà exposées, les « différences » invoquées par l'appelant n'ont pas l'importance qu'il leur attribue. La défense, comme nous l'avons vu, cherche à présenter l'appelant sous divers jours. Je ne crois pas que ce soit réaliste. La secte kabalarienne a mis sur pied un régime familial et « spirituel » fermé dans lequel toutes les plaignantes étaient plus ou moins assujetties à l'autorité de l'appelant.

61 L'appelant rétorque que le juge du procès a non seulement omis de prendre en considération les différences distinctives en se prononçant sur l'admissibilité, mais encore qu'après avoir admis la preuve de faits similaires il n'a pas souligné adéquatement ces différences dans ses directives au jury. À cet égard aussi, je partage l'avis du juge Donald. Le juge du procès n'était pas tenu de brosser sommairement un tableau comparatif, comme le prétendait l'appelant. Il lui était loisible de le faire, s'il le jugeait utile, mais dans les circonstances, ce n'était pas essentiel. Les différences ne diminuaient pas de façon très importante la valeur probante de la preuve relative à la question du *modus operandi*, et elles ressortaient clairement du récit que chaque plaignante a fait au sujet de chacun des chefs d'accusation. L'avocat de la défense les a habilement évoquées dans son

judge quite adequately outlined the nature of this aspect of the appellant's defence to the jury.

f. *Intervening Events*

62 There were no intervening events of significance.

(iv) Conclusion with Respect to Probative Value

63 The trial judge was correct to conclude that the similar fact evidence was *capable* of raising the double inferences in relation to the *modus operandi* which was put forward as an answer to the different defences in the cases of the G complainants and the non-G complainants.

(b) *Assessment of the Potential Prejudice*

64 Under this heading, it is necessary to consider various elements of prejudice including the danger that the jury might be confused by the multiplicity of incidents and put more weight than is logically justified on the similar act testimony ("reasoning prejudice") or by convicting the appellant based on nothing more than bad personhood ("moral prejudice"): *Handy*, *supra*, at para. 31.

(i) Moral Prejudice

65 The "heavy prejudice" mentioned by McLachlin J. in *B. (C.R.)* is not the risk of conviction. It is, more properly, the risk of an unfocussed trial and a *wrongful* conviction. The forbidden chain of reasoning is to infer guilt from *general* disposition or propensity. Here the similar act evidence undoubtedly paints the appellant in a discreditable light, but it is not introduced for that purpose and will only incidentally have that effect. It is introduced in response to issues raised by the defence, namely consent in the case of the non-G complainants and the defence that the alleged acts never happened in the case of the G complainants.

exposé final. Le juge du procès a exposé d'une manière tout à fait adéquate au jury en quoi consistait cet aspect de la défense de l'appelant.

f. *Les faits subséquents*

Aucun fait subséquent important n'est survenu.

(iv) Conclusion concernant la valeur probante

Le juge du procès a eu raison de conclure que la preuve de faits similaires *pouvait* permettre de faire les deux inférences relative au *modus operandi* mentionné pour réfuter les différents moyens de défense invoqués dans le cas des plaignantes G et dans celui des autres plaignantes.

b) *L'évaluation du risque de préjudice*

Sous cette rubrique, il est nécessaire d'examiner divers aspects du préjudice, dont le risque que le jury soit embrouillé par la multiplicité des faits et qu'il accorde plus de poids qu'il est logiquement justifié de le faire au témoignage relatif aux actes similaires (« préjudice par raisonnement »), ou encore qu'il déclare l'appelant coupable uniquement en raison de sa mauvaise personnalité (« préjudice moral ») : *Handy*, précité, par. 31.

(i) Préjudice moral

Le « préjudice grave » mentionné par madame le juge McLachlin dans l'arrêt *B. (C.R.)* n'est pas le risque de déclaration de culpabilité. Le préjudice réside davantage dans le risque de procès diffus et de déclaration de culpabilité *injustifiée*. Le raisonnement interdit est l'inférence de culpabilité à partir d'une prédisposition ou d'une propension *générale*. En l'espèce, la preuve d'actes similaires présente incontestablement l'appelant sous un mauvais jour, mais elle n'est pas produite à cette fin et ce n'est qu'accessoirement qu'elle a cet effet. Elle vise à répondre aux questions soulevées par la défense, à savoir que les plaignantes autres que les sœurs G étaient consentantes et que les actes allégués n'ont jamais été accomplis dans le cas des plaignantes G.

The combination of sex and religion was inevitably inflammatory, and the juxtaposition of the G complainants and the non-G complainants afforded reciprocal aggravation as well as mutual insight. The sheer cumulative number of alleged incidents contributed to the moral prejudice.

66 Le mélange de sexe et de religion était inévitablement incendiaire, et la juxtaposition des chefs d'accusation relatifs aux plaignantes G et de ceux relatifs aux autres plaignantes a contribué à les aggraver et à les clarifier mutuellement. Le seul nombre cumulatif d'épisodes allégués a contribué au préjudice moral.

The jury, of course, was properly warned about the prohibition on reasoning from general disposition or character to guilt: *R. v. D. (L.E.)*, [1989] 2 S.C.R. 111, at p. 128. The jury seems to have heeded the warning. Had its members proceeded on the basis of moral prejudice, it is unlikely they would have acquitted the appellant with respect to four of the non-G complainants, including CK, an emotionally vulnerable woman who at the relevant time seems to have been suffering from postpartum depression.

67 Il va sans dire que le jury a reçu une mise en garde appropriée au sujet de l'interdiction d'inférer la culpabilité à partir d'une prédisposition ou moralité générale : *R. c. D. (L.E.)*, [1989] 2 R.C.S. 111, p. 128. Le jury semble avoir tenu compte de cette mise en garde. Si ses membres avaient agi en fonction du préjudice moral, ils n'auraient probablement pas acquitté l'appelant relativement à quatre des plaignantes autres que les sœurs G, dont CK, femme vulnérable sur le plan affectif, qui semblait souffrir d'une dépression post-partum à l'époque pertinente.

(ii) Reasoning Prejudice

The danger is that the jury may become confused by the multiplicity of incidents, and become distracted by the cumulative force of so many allegations from their task of deciding carefully each charge one by one.

(ii) Préjudice par raisonnement

68 Il existe un risque que le jury soit embrouillé par la multiplicité des faits et que la force cumulative d'un nombre aussi élevé d'allégations l'empêche d'accomplir la tâche qui lui incombe de se prononcer soigneusement sur chacune des accusations l'une après l'autre.

In *Handy*, a complicating factor was that the jury was asked to consider seven allegedly similar acts but these acts were not before them as charges. There was thus a danger that the jury might mix up matters of consideration (the similar acts) with matters of decision (the charge). Here the severance motion having failed, the jury had before it for decision each of the 20 counts.

69 Dans l'affaire *Handy*, une difficulté résultait du fait qu'on avait demandé au jury d'examiner sept actes soi-disant similaires qui n'étaient pas visés par l'accusation. Le jury risquait donc de confondre les questions dont on lui demandait de tenir compte (les actes similaires) avec celles sur lesquelles il devait se prononcer (l'accusation). Dans la présente affaire, à la suite du rejet de la demande de séparation des chefs d'accusation, le jury était appelé à se prononcer sur chacun des 20 chefs d'accusation.

The logistical problems confronting an accused where the similar acts are *not* before the court as charges do not apply here. The appellant was not taken by surprise, nor was he limited in his response to each similar fact by the collateral issue rule. Each incident was explored from the defence

70 Les problèmes logistiques auxquels un accusé doit faire face lorsque les actes similaires *ne* sont *pas* visés par l'accusation déposée devant le tribunal ne se posent pas en l'espèce. L'appelant n'a pas été pris au dépourvu et sa réponse à chaque fait similaire n'a pas été limitée par la règle des questions

perspective to the extent the defence considered it to be in its interest to do so.

(iii) Conclusion on the Prejudice Issue

71 In my view, the similar act evidence has significant potential to create moral prejudice. The appellant's defence to the non-G complainants (religiously inspired consent) becomes more delicate when the jury is told that he also had sexual relations with two sisters from the age of 13 who were not Kabalarian disciples but simply residents of his Kabalarian household. The atmosphere of the case is redolent of quack spiritualism and this would clearly disturb a Canadian jury. Similarly, the appellant's denial of abuse of the G sisters may lose much of its force in light of the admitted sexual touching of other adolescent girls, to which the only defence is consent (vitiated, so the jury must have found, by the abuse of authority). I would adopt in this connection what was said by McLachlin J. in *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 735:

> . . . where the similar fact evidence sought to be adduced is prosecution evidence of a morally repugnant act committed by the accused, the potential prejudice is great and the probative value of the evidence must be high indeed to permit its reception.

72 I do not think the phrase "high indeed" is intended to signal a superadded component to the balancing test. It merely emphasizes the potentially poisonous nature of the similar act evidence and the correspondingly high probative value required to overcome it.

(c) *Weighing up Probative Value Versus Prejudice*

73 In the weighing up of probative value versus prejudice, a good deal of deference is inevitably paid to the view of the trial judge: *B. (C.R.)*, *supra*, at p. 733. This does not mean that the trial judge has

incidentes. Chaque épisode a été examiné selon le point de vue de la défense, dans la mesure où celle-ci estimait qu'elle avait intérêt à agir ainsi.

(iii) Conclusion sur la question du préjudice

À mon avis, la preuve d'actes similaires présente un risque important de préjudice moral. Le moyen de défense invoqué par l'appelant dans le cas des plaignantes autres que les sœurs G (consentement fondé sur des motifs religieux) se fragilise lorsque le jury est informé que l'appelant a aussi commencé à avoir des relations sexuelles avec deux sœurs au moment où elles étaient âgées de 13 ans, lesquelles étaient non pas des adeptes de la secte kabalarienne, mais simplement des résidantes de son foyer kabalarien. L'atmosphère de cette affaire exhale un spiritualisme charlatanesque et il est évident que cela aurait pour effet de troubler un jury canadien. De même, la dénégation par l'appelant des sévices qui auraient été exercés sur les sœurs G risque d'être affaiblie considérablement par les aveux d'attouchements sexuels sur d'autres adolescentes, à l'égard desquels le seul moyen de défense invoqué est le consentement (vicié par l'abus d'autorité, comme doit l'avoir conclu le jury). Je suis d'avis d'adopter à ce sujet les propos de madame le juge McLachlin dans l'arrêt *B. (C.R.)*, précité, p. 735 :

> . . . où la preuve de faits similaires que l'on veut présenter est une preuve à charge d'un acte moralement répugnant commis par l'accusé, le préjudice qui peut en résulter est grave et la valeur probante de la preuve doit vraiment être grande pour permettre sa réception.

Je ne crois pas que les mots « vraiment être grande » visent à indiquer l'addition d'un élément au critère d'évaluation. Ils ne font que souligner le caractère potentiellement pernicieux de la preuve d'actes similaires et la grande valeur probante correspondante qu'elle doit donc avoir pour l'emporter sur ce caractère pernicieux.

c) *La détermination de la valeur probante en fonction du préjudice*

En déterminant la valeur probante en fonction du préjudice, l'on fait inévitablement preuve de beaucoup de retenue à l'égard du point de vue du juge du procès : *B. (C.R.)*, précité, p. 733. Cela ne

a discretion to admit similar fact evidence whose prejudicial effect outweighs its probative value, but it does mean that the Court recognizes the trial judge's advantage of being able to assess on the spot the dynamics of the trial and the likely impact of the evidence on the jurors. These are evidentiary issues on which reasonable judges may differ and, absent error in principle, the decision should rest where it was allocated, to the trial judge. In this case the trial judge's view has been endorsed by a unanimous Court of Appeal.

signifie pas que le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve de faits similaires dont l'effet préjudiciable l'emporte sur la valeur probante. Cela indique plutôt que la Cour reconnaît que le juge du procès a l'avantage d'être en mesure d'apprécier sur place la dynamique du procès et l'effet que la preuve aura vraisemblablement sur les jurés. Il s'agit là de questions de preuve sur lesquelles des juges raisonnables peuvent avoir des opinions divergentes et, en l'absence d'erreur de principe, la décision devrait être prise par celui à qui elle incombe, c'est-à-dire le juge du procès. En l'espèce, la Cour d'appel a adopté, à l'unanimité, le point de vue du juge du procès.

The trial judge concluded that both the prejudicial effect and the probative value of the similar fact evidence were "significant", but that in the end the probative value prevailed. I see no reason to interfere with that conclusion. The appeal on that ground must therefore be dismissed.

74 Le juge du procès a conclu que l'effet préjudiciable et la valeur probante de la preuve de faits similaires étaient [TRADUCTION] « importants » tous les deux, mais qu'en fin de compte la valeur probante l'emportait. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. Le pourvoi doit donc être rejeté relativement à ce moyen.

B. *Limiting the Scope of Cross-examination*

B. *Limitation de la portée du contre-interrogatoire*

The second principal ground of appeal has to do with the limited cross-examination permitted by the trial judge on KWG's diary.

75 Le second moyen d'appel principal concerne le contre-interrogatoire limité que le juge du procès a autorisé relativement au journal intime de KWG.

The critical importance of cross-examination is not doubted. The appellant stood before the court accused of crimes by numerous complainants but he was presumed to be innocent of each and every count. All of the alleged sexual misconduct, by its very nature, was in private. At trial, it was his word against the credibility of his accusers, individually and (by virtue of the similar fact evidence) collectively. If the complainants were untruthful about what happened in the privacy of their encounters, the most effective tool he possessed to get at the truth was a full and pointed cross-examination. The general principle was stated in *Seaboyer*, *supra*, *per* McLachlin J., at p. 611:

76 L'importance cruciale du contre-interrogatoire n'est pas mise en doute. L'appelant a comparu devant la cour pour répondre à des accusations portées par de nombreuses plaignantes, mais il jouissait de la présomption d'innocence à l'égard de chacun des chefs d'accusation. Toute l'inconduite sexuelle alléguée a, de par sa nature même, eu lieu en privé. Au procès, c'était sa parole contre la crédibilité de ses accusatrices, individuellement et (en vertu de la preuve de faits similaires) collectivement. Si les plaignantes mentaient au sujet de ce qui s'était produit dans l'intimité de leurs rencontres, l'outil le plus efficace dont il disposait pour faire ressortir la vérité était un contre-interrogatoire complet et incisif. Madame le juge McLachlin énonce le principe général dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, p. 611 :

Canadian courts, like courts in most common law jurisdictions, have been extremely cautious in restricting the power of the accused to call evidence in his or her defence, a reluctance founded in the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted. It follows from this that the prejudice must substantially outweigh the value of the evidence before a judge can exclude evidence relevant to a defence allowed by law. [Emphasis added.]

Les tribunaux canadiens, comme ceux de la plupart des ressorts de common law, ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable. Le juge ne pourra donc écarter une preuve pertinente relativement à une défense autorisée par une règle de droit que dans le cas où l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante. [Je souligne.]

It has been increasingly recognized in recent years, however, that cross-examination techniques in sexual assault cases that seek to put the complainant on trial rather than the accused are abusive and distort rather than enhance the search for truth. Various limitations have been imposed. One of these limits is the privacy interest of the complainant, which is not to be needlessly sacrificed. This was explored by Cory J. writing for the majority in *Osolin*, *supra*, at pp. 669 and 671, as follows:

Les tribunaux ont, au cours des dernières années, reconnu de plus en plus que les techniques de contre-interrogatoire consistant à faire le procès du plaignant plutôt que celui de l'accusé dans des affaires d'agression sexuelle sont abusives et qu'elles ont pour effet de fausser plutôt que de favoriser la recherche de la vérité. Diverses limites ont été imposées. L'une de ces limites est le droit du plaignant au respect de sa vie privée, qui ne doit pas être sacrifié inutilement. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, p. 669 et 671, le juge Cory a étudié cette question au nom des juges majoritaires :

A complainant should not be unduly harassed and pilloried to the extent of becoming a victim of an insensitive judicial system. Yet a fair balance must be achieved so that the limitations on the cross-examination of complainants in sexual assault cases do not interfere with the right of the accused to a fair trial.

Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d'un système judiciaire insensible. Il faut toutefois maintenir un juste équilibre, de sorte que les limites imposées au contre-interrogatoire des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle ne nuisent pas au droit de l'accusé à un procès équitable.

. . .

. . .

In each case the trial judge must carefully balance the fundamentally important right of the accused to a fair trial against the need for reasonable protection of a complainant, particularly where the purpose of the cross-examination may be directed to "rape myths". [Emphasis added.]

Dans chaque affaire, le juge du procès doit établir un équilibre délicat entre le droit fondamental de l'accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant, tout particulièrement lorsque la fin visée par le contre-interrogatoire est fondée sur des « mythes sur le viol ». [Je souligne.]

77 I underline the reference to "rape myths" because in my view it is a concern about a potential revival of the shibboleth of "recent complaint" in sexual assault cases rather than a privacy concern as such, that lies at the heart of the trial judge's ruling.

Je souligne la mention des « mythes sur le viol » parce que, selon moi, c'est la crainte de voir le principe arbitraire de la « plainte immédiate » refaire surface dans les affaires d'agression sexuelle, plutôt qu'un souci de préserver la vie privée elle-même, qui est au cœur de la décision du juge du procès.

78 In *Seaboyer*, the accused sought to cross-examine the complainant on her sexual conduct on other occasions to explain the "bruises and other aspects of the complainant's condition which the Crown

Dans l'affaire *Seaboyer*, l'accusé cherchait à contre-interroger la plaignante sur son comportement sexuel à d'autres occasions, afin d'expliquer les « meurtrissures, et [. . .] d'autres aspects de

had put in evidence" (p. 598). In *Osolin*, the accused sought to cross-examine a notation in the complainant's medical record of a concern she had expressed to her therapist that her attitude and behaviour may have influenced the accused to some extent. This case is different. The focus is not private information as such because, as stated, the trial judge allowed cross-examination by the defence on each of the specific diary entries the defence sought to utilize. The defence objection is to the restriction on its ability to cross-examine on the significance (if any) of what was not recorded. It is common ground that KWG's diary contains no references to beatings by the mother or to sexual abuse by the appellant.

l'état de la plaignante que le ministère public a présentés en preuve » (p. 598). Dans l'affaire *Osolin*, l'accusé cherchait à contre-interroger la plaignante au sujet d'une note inscrite dans son dossier médical, indiquant qu'elle avait exprimé à son thérapeute la crainte que son attitude et son comportement aient influencé l'accusé jusqu'à un certain point. La présente affaire est différente. L'accent n'est pas mis à proprement parler sur des renseignements privés puisque, comme nous l'avons vu, le juge du procès a permis à la défense de procéder à un contre-interrogatoire sur chacune des inscriptions particulières du journal intime qu'elle cherchait à utiliser. L'objection de la défense vise la restriction de sa capacité de contre-interroger au sujet de l'importance (s'il en est) de ce qui n'a pas été consigné. Les parties reconnaissent que le journal intime de KWG ne comporte aucune mention des coups reçus de sa mère ou des abus sexuels dont elle a été victime de la part de l'appelant.

The cogency of this line of questioning rested on the premise that if these assaults had happened, they would have been recorded, and because the events were not recorded, they did not happen. That, in the Crown's view, is where one of the "rape myths" surfaces. The trial judge agreed:

79 La force probante de cette série de questions reposait sur la prémisse selon laquelle si de telles agressions avaient été commises, elles auraient été consignées, et étant donné que ces événements n'ont pas été consignés, ils n'ont pas eu lieu. C'est là où, selon le ministère public, l'un des « mythes sur le viol » apparaît. Le juge du procès a partagé ce point de vue :

> In essence, [the appellant] wants to go to the jury and argue that the witness has made no "complaint", if I may use that word, to her private, confidential diary about the sexual assaults that she now testifies to.
>
> . . .
>
> [Counsel for KWG] argues strongly that there is no probative value in a lack of complaint in these circumstances, and that to allow cross-examination and argument on the issue is premised upon a discriminatory belief or bias.

> [TRADUCTION] Essentiellement, [l'appelant] veut se présenter devant le jury et prétendre que le témoin n'a fait état d'aucune « plainte », si je peux utiliser ce mot, dans son journal intime et confidentiel au sujet des agressions sexuelles à l'égard desquelles elle témoigne maintenant.
>
> . . .
>
> [L'avocate de KWG] plaide énergiquement que l'absence de plainte dans ces circonstances n'a aucune valeur probante et que la décision de permettre qu'il y ait contre-interrogatoire et argumentation sur cette question serait fondée sur une croyance ou un préjugé discriminatoire.

The trial judge's trade-off of permitting questions on actual entries but disallowing questions on the *absence* of entries was criticized in about equal measure by the appellant and the Criminal Lawyers' Association on the one hand, who thought it too restrictive on the defence, and on the other hand by

80 Le compromis selon lequel le juge du procès a permis que des questions portent sur les inscriptions effectuées et non sur l'*absence* d'inscriptions a été critiqué à peu près également par l'appelant et la Criminal Lawyers' Association qui l'ont jugé trop restrictif pour la défense, d'une part, et par le

the Crown and the Women's Legal Education and Action Fund ("LEAF"), who thought it went too far against the complainant.

81 The Crown and LEAF took the position that KWG's diary was and remained her property, and that the appellant came into possession of it without colour of right. That being the case, the trial judge ought to have ignored the reality of the appellant's possession (a sort of constructive *dis*possession) and required the appellant to make an application for compelled production of documents under ss. 278.1 to 278.9, just as if KWG rather than the appellant had possession of it.

82 I will deal with these points in turn.

(1) Surprise Disclosure of the Diary

83 In her evidence-in-chief and in the initial cross-examination KWG committed herself to having experienced a profoundly unhappy childhood (a "chamber of horrors" is how the defence put it, somewhat sarcastically), lack of friends at school, prohibition on participation in extracurricular school activities, and not being allowed to wear ordinary teenager clothing. All of this was the background to alleged constant physical abuse by the mother and alleged sexual abuse by the appellant, the latter occurring mainly in the appellant's den at the Centre.

84 She was asked by the defence about the possible existence of a diary and she said she thought she had received one as a present at Christmas in her early teens, but had only made entries for two weeks or so.

85 At this point in the trial, counsel for the defence flourished KWG's original diary which she had not seen for 22 years, and announced that it contained day-by-day entries for a period of eight months (not the two weeks she had recalled) commencing January 1970, in the midst of the period of alleged abuse. It recorded what KWG herself described as

ministère public et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (« FAEJ ») qui ont estimé qu'il désavantageait trop la plaignante, d'autre part.

Selon le ministère public et le FAEJ, le journal intime de KWG lui appartient et continue de lui appartenir, et l'appelant en a obtenu possession en l'absence de toute apparence de droit. En l'occurrence, le juge du procès aurait dû s'abstenir de tenir compte du fait de la possession par l'appelant (une sorte de *dé*possession par interprétation) et obliger ce dernier à faire une demande de communication forcée de documents en vertu des art. 278.1 à 278.9, comme si c'était KWG et non l'appelant qui en avait la possession.

Je traiterai ces points à tour de rôle.

(1) Communication inattendue du journal intime

Au cours de son interrogatoire principal et du contre-interrogatoire initial, KWG a déclaré avoir eu une enfance très malheureuse (que la défense a décrite quelque peu sarcastiquement comme une [TRADUCTION] « histoire d'horreur »), ne pas avoir eu d'amis à l'école, s'être vu interdire de participer aux activités parascolaires et ne pas avoir été autorisée à porter les vêtements habituels des adolescents. C'était là le contexte des sévices physiques que sa mère aurait constamment exercés sur elle ainsi que des abus sexuels dont elle aurait été victime de la part de l'appelant principalement dans son bureau du Centre.

Interrogée par la défense sur l'existence possible d'un journal intime, elle a répondu qu'elle croyait en avoir reçu un à Noël au début de son adolescence, mais n'y avoir fait des inscriptions que pendant environ deux semaines.

C'est à ce moment, au cours du procès, que l'avocat de la défense a brandi le journal intime original de KWG, que celle-ci n'avait pas vu depuis 22 ans, et qu'il a annoncé que des inscriptions y avaient été faites quotidiennement pendant une période de huit mois (au lieu des deux semaines dont elle s'était souvenue) à partir de janvier

"mundane" entries about schoolmates, participation in school functions, family outings to see films, Easter presents and some positive references to the appellant (e.g., "Stayed home from school today and had a nice talk with Ivon. He makes you want to work harder"). The defence wished to raise a doubt about the reliability and completeness of KWG's memory by contradicting her testimony with what the defence viewed as inconsistent entries written under her own hand in the diary, and the omission of any entry chronicling physical or sexual abuse.

KWG's response to the surprise disclosure of her 1970 diary was to obtain a short adjournment, and to retain her own counsel who argued that (1) the diary was the property of KWG and should be returned forthwith and (2) thereafter dealt with under the documentary production provisions of ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*.

(2) Wrongful Possession of the Diary

KWG testified on the *voir dire* that she did "not at all" intend to give up her privacy rights. She was "appalled" and wanted the diary and all the copies returned to her as the defence had no right to "the little bit of privacy that [she] had". On cross-examination, KWG described the diary entries as "very mundane", "[b]ut it's still mine. . . . I don't understand what that has to do with anything. This is still mine. Whether it's mundane or exciting or boring, it's still mine". The trial judge found that KWG had never waived or abandoned her *privacy* interest in the diary and I agree with him.

1970, au milieu de la période pendant laquelle les sévices auraient été exercés. Il contenait ce que KWG elle-même a qualifié d'inscriptions [TRADUCTION] « banales » au sujet de camarades de classe, de sa participation à des activités scolaires, de sorties en famille au cinéma, de cadeaux de Pâques et de mentions positives concernant l'appelant (par exemple, « Je ne suis pas allée à l'école aujourd'hui et j'ai eu une conversation agréable avec Ivon à la maison. Il sait motiver les gens à travailler plus fort »). La défense voulait susciter un doute au sujet de la fiabilité et de l'intégrité de la mémoire de KWG en comparant son témoignage avec ce qu'elle considérait comme des inscriptions contradictoires que KWG avait effectuées de sa propre main dans le journal intime, et au sujet de l'absence d'inscriptions faisant état de sévices physiques ou sexuels.

86 À la suite de la production inattendue de son journal intime de 1970, KWG a demandé et obtenu un bref ajournement et a retenu les services d'une avocate. Cette avocate a fait valoir, premièrement, que le journal intime appartenait à KWG et qu'il devait lui être restitué immédiatement, et deuxièmement, qu'il devait ensuite être traité conformément aux dispositions relatives à la communication de documents contenues aux art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*.

(2) Possession illégitime du journal intime

87 Au cours du voir-dire, KWG a dit n'avoir [TRADUCTION] « aucunement » eu l'intention de renoncer à son droit à la vie privée. Elle était « consternée » et voulait qu'on lui restitue le journal intime et toutes les copies qui en avaient été tirées, étant donné que la défense n'avait aucun droit sur « le peu de vie privée qu'[elle] avait ». Au cours du contre-interrogatoire, KWG a qualifié de « très banales » les inscriptions faites dans son journal intime, et a ajouté : « [m]ais il m'appartient toujours. [. . .] Je ne comprends pas ce qu'il a à voir avec quoi que ce soit. Il m'appartient toujours. Peu importe qu'il soit banal, captivant ou assommant, il m'appartient toujours ». Le juge du procès a conclu que KWG n'avait jamais renoncé à son droit à la *vie privée* à l'égard du journal intime, et je suis d'accord avec lui.

88 The *voir dire* included a lengthy legal debate about whether KWG had or had not abandoned her *property* interest in her diary, and whether the appellant's possession of it amounted to conversion. I do not think KWG was illegally deprived of possession of the diary (unlike the Chinese restaurateurs whose safe containing private documents was stolen by thieves in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10). She simply left it behind in a common storage room with other possessions no longer required for day-to-day living. When her mother forwarded her possessions to her in 1995, the diary was not among them. When the diary fell into the appellant's possession 22 years after KWG left home, it was not a "wrongful" taking in any legal sense, although I agree with KWG that it underlined the extent of his unwelcome access to KWG's private life as a by-product of her mother's adherence to the cult.

Pendant le voir-dire, un long débat a eu lieu sur la question de savoir si KWG avait renoncé à son droit de *propriété* sur son journal intime, et si la possession qu'en avait l'appelant constituait une appropriation illicite. Je ne crois pas que KWG a été privée illégalement de la possession de son journal intime (à la différence des restaurateurs chinois dont le coffre-fort contenant des documents privés avait été dérobé par des voleurs, dans l'affaire *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10). À son départ, elle l'avait tout simplement laissé dans une aire commune de remisage avec d'autres biens dont elle n'avait plus besoin au quotidien. Le journal intime de KWG ne figurait pas parmi les biens lui appartenant que sa mère lui a envoyés en 1995. Lorsque l'appelant est entré en possession de ce journal 22 années après que KWG eut quitté la maison, il ne s'agissait pas d'une appropriation « illicite » au sens juridique, bien que je convienne avec KWG que cela démontre la mesure de l'accès non sollicité que l'appelant avait à la vie privée de KWG à la suite de l'adhésion de sa mère à la secte.

89 I do not propose to pursue the property ownership debate. The issue for present purposes is not the "ownership of the diary" (which could be the subject of a civil cause of action) but the status of information contained within the diary. Return of the diary, as proposed by my colleague L'Heureux-Dubé J. at para. 161, would seem to me to shut the barn door after the horse had escaped.

Je ne compte pas poursuivre le débat relatif à la propriété du bien en cause. La question qui doit être tranchée en l'espèce concerne non pas la « propriété du journal intime » (qui pourrait donner naissance à un droit d'action au civil), mais plutôt le statut des renseignements contenus dans le journal intime. Selon moi, restituer le journal intime à sa propriétaire légitime, comme le propose ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, au par. 161, reviendrait à fermer la porte de l'écurie derrière le cheval qui s'est échappé.

90 Modern privacy rights have been expanded by disentangling them from their traditional roots in private property. At one time, privacy interests could often be effectively protected only by property-based concepts since the ability to prohibit strangers crossing property lines (as for example to gain access to one's home) or get their hands on physical objects (including documents) was tantamount to controlling the private information contained therein. If the rights of private property were enforced, there was

On a élargi le droit contemporain à la vie privée en le dégageant de son enracinement traditionnel dans la propriété privée. À une certaine époque, il était souvent possible de protéger efficacement ce droit en recourant uniquement à des notions fondées sur la propriété étant donné que la capacité d'une personne d'interdire à des étrangers de circuler sur sa propriété (notamment pour accéder à son domicile) ou de prendre possession d'objets matériels (dont des documents) revenait à avoir la haute main sur les renseignements privés qui s'y

likely no risk of exposure of related privacy interests.

Technology has incrementally separated the close link between property and privacy. A great expansion in privacy rights was possible when privacy interests no longer depended on finding a property intrusion. The absence of a physical intrusion no longer eliminated a corresponding privacy interest, as this Court recognized most notably in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417. The treatment of personal records in ss. 278.1 to 278.9 is built on the premise that a person's reasonable expectation of privacy in personal information in documents is not necessarily inconsistent with a third party's property interest in the actual physical documents, as for example with documents held by mental or physical health services personnel. Moreover, privacy interests are not lost when the adverse physical possession is itself wrongful (as in the case of financial records seized by the police from the stolen safe in *Law*, *supra*) or for a limited purpose (as with the blood and urine samples given for medical purposes and subsequently seized by the police in *Dyment*, *supra*, and *R. v. Colarusso*, [1994] 1 S.C.R. 20).

A property interest may reinforce the reasonable expectation of privacy, where the physical ownership and the privacy interest coincide, but loss of physical possession or ownership will not necessarily defeat a person's privacy interest in personal information contained in the document in question.

Our concern here is with the privacy interest, not the property interest.

trouvaient. Si les droits en matière de propriété privée étaient exercés, il n'y avait probablement aucun risque que les droits connexes en matière de vie privée soient compromis.

91 La technologie a progressivement effacé le lien étroit qui existait entre la propriété et la vie privée. Le droit à la vie privée a pu être élargi considérablement à partir du moment où il a cessé de dépendre de la constatation d'une atteinte au droit de propriété. L'absence d'intrusion physique n'éliminait plus le droit à la vie privée correspondant, comme notre Cour l'a reconnu plus particulièrement dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417. Le traitement des dossiers personnels prévu aux art. 278.1 à 278.9 a pour prémisse que l'attente raisonnable qu'une personne a en matière de respect de sa vie privée en ce qui concerne les renseignements personnels contenus dans des documents n'est pas nécessairement incompatible avec le droit de propriété qu'un tiers peut avoir sur les documents eux-mêmes — lorsqu'il est question notamment de documents détenus par le personnel d'établissements de santé mentale ou physique. De plus, le droit à la vie privée n'est pas perdu lorsque la possession adversative matérielle est elle-même répréhensible (comme dans le cas des dossiers financiers saisis par la police dans le coffre-fort dérobé dans l'affaire *Law*, précitée) ou lorsqu'elle vise un objectif limité (comme dans le cas des échantillons de sang et d'urine donnés à des fins médicales et subséquemment saisis par la police dans les affaires *Dyment*, précitée, et *R. c. Colarusso*, [1994] 1 R.C.S. 20).

92 Un droit de propriété peut renforcer l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée lorsque la propriété matérielle coïncide avec le droit à la vie privée, mais la perte de la possession ou de la propriété du document lui-même ne réduira pas nécessairement à néant le droit d'une personne au respect de sa vie privée en ce qui concerne les renseignements qu'il contient.

93 Nous nous intéressons ici au droit à la vie privée et non au droit de propriété.

(3) Applicability of Sections 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*

94 Sections 278.l to 278.9 on their face address the *production* not the *use* or *admissibility* of personal information, as stated by Parliament itself in the Preamble (S.C. 1997, c. 30):

. . .

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the compelled production of personal information may deter complainants of sexual offences from reporting the offence to the police and may deter complainants from seeking necessary treatment, counselling or advice;

WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that the work of those who provide services and assistance to complainants of sexual offences is detrimentally affected by the compelled production of records and by the process to compel that production;

AND WHEREAS the Parliament of Canada recognizes that, while production to the court and to the accused of personal information regarding any person may be necessary in order for an accused to make a full answer and defence, that production may breach the person's right to privacy and equality and therefore the determination as to whether to order production should be subject to careful scrutiny; . . . [Emphasis added.]

95 The text of ss. 278.1 to 278.9 that follows is consistent with such a purpose. Counsel for KWG at trial and LEAF before this Court, argued that the machinery of ss. 278.1 to 278.9 can be put into reverse, i.e., it contemplates taking documents already in the hands of the defence and restoring these to the complainant, thus requiring the defence to make a fresh application for the document just removed from its possession. In my view, this interpretation is unduly contrived and does violence to the statutory language. It draws the alleged purpose of ss. 278.1 to 278.9 too widely (certainly much more widely than the preambular language) and presupposes that the court can rewrite the text of the statute to accord with the court's own extrapolation of Parliament's purpose. This cannot be correct. Here the state is not using its coercive power to compel production in ways which invoke s. 8 of

(3) Applicabilité des art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*

Les articles 278.1 à 278.9 concernent, à première vue, la *communication* et non l'*utilisation* ou l'*admissibilité* de renseignements personnels, comme le législateur lui-même le déclare dans le préambule (L.C. 1997, ch. 30) :

Attendu :

. . .

qu[e le Parlement du Canada] reconnaît que l'obligation de communiquer des renseignements personnels peut avoir un effet dissuasif sur la dénonciation d'agressions sexuelles et sur le recours aux traitements, thérapies ou services de consultation nécessaires;

qu'il reconnaît que le travail de ceux qui fournissent de l'aide et des services aux victimes d'agressions sexuelles est entravé par l'obligation de communiquer des renseignements personnels et par la procédure qui oblige à cette communication;

qu'il reconnaît que si la communication de renseignements personnels au tribunal et à l'accusé peut être nécessaire à une défense pleine et entière de l'accusé, elle peut aussi constituer une atteinte au droit à la vie privée et à l'égalité de la personne qu'ils concernent et que, de ce fait, la décision de l'accorder ne devrait être rendue qu'avec prudence, . . . [Je souligne.]

Le texte des art. 278.1 à 278.9 qui suit est conforme à cet objet. L'avocate de KWG, au procès, et le FAEJ, devant notre Cour, ont fait valoir que le mécanisme des art. 278.1 à 278.9 peut être inversé en ce qu'il peut permettre la restitution à la plaignante de documents que la défense a déjà en sa possession, ce qui obligerait cette dernière à présenter une nouvelle demande visant à obtenir les documents qu'on vient de lui retirer. À mon avis, cette interprétation est trop forcée et va à l'encontre du texte même de la disposition législative. Elle donne une description trop large de l'objet que viseraient les art. 278.1 à 278.9 (certainement beaucoup plus large que le fait le préambule) et présuppose que le tribunal peut réécrire le texte de la loi pour qu'il corresponde à son extrapolation de l'objectif du législateur. Cela ne saurait être exact. En l'espèce, l'État n'exerce pas son pouvoir coercitif pour forcer

the *Charter* ("unreasonable search or seizure"). Nor does the present case raise Parliament's specific concerns in ss. 278.1 to 278.9 about protecting the confidential relationship of a patient-therapist, nor the encouragement of victims of sexual assault to seek professional treatment, and in turn not to discourage reporting of sexual offences (see s. 278.5(2)(*f*) and (*g*)).

The simple fact is that the defence had possession of the diary. It was not engaged in a "fishing expedition". The issue for the trial judge was the admissibility of the contents. Sections 278.1 to 278.9 nowhere refer to "admissibility" or "evidence", and understandably so, for as L'Heureux-Dubé J. pointed out in *O'Connor*, *supra*, at paras. 164-66, the considerations governing production and admissibility are quite different. To treat production as a proxy for admissibility would complicate proper hearings under ss. 278.1 to 278.9, where trial judges proceed on the basis that the issue at the early stage is only production. Admissibility is properly left to be determined later when the matter is ripe for decision.

The procedural machinery set out in ss. 278.1 to 278.9 also cuts against LEAF's argument. Assuming that KWG's diary is a "record" that falls within the scope of ss. 278.1 to 278.9, LEAF would have the appellant under s. 278.3(5) serve notice and a subpoena on himself, i.e., as "the person who has possession or control of a record", for an *in camera* hearing in which the presiding judge would decide whether or not to review the diary in whole or in part because, *ex hypothesi*, the applicant does not know the contents of the records which in theory he seeks but in reality is already in his possession. The judge may then determine whether the record should be "produced to the accused" (s. 278.6(1) (emphasis added)), i.e., to the person (indeed the *only* person) who already possesses it. In my view, it would be undesirable to twist the language of ss. 278.1 to 278.9 as suggested by LEAF. The limits of

la communication d'une manière qui fait intervenir l'art. 8 de la *Charte* (« fouilles, perquisitions ou saisies abusives »). La présente affaire ne fait pas intervenir non plus les préoccupations particulières que le législateur a exprimées aux art. 278.1 à 278.9 au sujet de la protection du lien confidentiel entre le patient et son thérapeute, de l'encouragement des victimes d'agression sexuelle à demander des soins professionnels et, par ricochet, à ne pas décourager le signalement des infractions d'ordre sexuel (voir les al. 278.5(2)*f*) et *g*)).

96 Il reste que la défense avait le journal intime en sa possession. Elle ne se livrait pas à une « recherche à l'aveuglette ». Le juge du procès devait trancher la question de l'admissibilité du contenu. Les articles 278.1 à 278.9 ne parlent aucunement d'« admissibilité » ou de « preuve », et cela se comprend puisque, comme le soulignait madame le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *O'Connor*, précité, par. 164-166, les considérations régissant la production ou communication et celles régissant l'admissibilité sont fort différentes. Considérer que la production est un indice d'admissibilité aurait pour effet de compliquer les auditions relatives aux art. 278.1 à 278.9, où les juges du procès tiennent pour acquis que seule la question de la production se pose au départ. Il convient de trancher la question de l'admissibilité plus tard, lorsqu'elle se prête à une décision.

97 Le mécanisme procédural établi aux art. 278.1 à 278.9 milite aussi contre l'argument du FAEJ. En tenant pour acquis que le journal intime de KWG est un « dossier » visé par les art. 278.1 à 278.9, le FAEJ se fonderait sur le par. 278.3(5) pour obliger l'appelant à se signifier à lui-même un avis et une assignation à comparaître — en sa qualité de « personne qui a le dossier en sa possession ou sous son contrôle » — à une audience à huis clos au cours de laquelle le juge déciderait s'il y a lieu d'examiner en entier ou en partie le journal intime, étant donné que le requérant serait censé ignorer le contenu des dossiers qu'il sollicite en théorie, mais qu'il a déjà en sa possession en réalité. Le juge pourrait alors décider si le dossier doit être « communiqué à l'accusé » (par. 278.6(1) (je souligne)), c'est-à-dire à la personne (en fait à la *seule* personne) qui l'a déjà en sa possession. À mon avis, il n'est pas souhaitable

Parliament's intention, as expressed in the language it has used, should be respected.

98 This conclusion does not advance the appellant's position very far. As the Crown and LEAF point out, ss. 278.1 to 278.9 sprang from a recognition of privacy and equality interests previously outlined in common law and *Charter* cases such as *O'Connor*, *Seaboyer* and *Osolin*. I agree. The same legal principles are quite apt to supply the proper solution to this appeal.

(4) The Issue Here is Admissibility of Evidence, Not Production and Disclosure

99 The confusion between production (*O'Connor*) and admissibility (*Osolin*) took hold at an early stage of the *voir dire* in this case.

100 Having rightly rejected the applicability of ss. 278.1 to 278.9 on the ground that there was no issue here of production or disclosure, the trial judge prefaced the opening of submissions on admissibility as "what I'll call an *O'Connor* application at this stage".

101 Although well aware of *Seaboyer* (1991) and *Osolin* (1993), the trial judge (and eventually the Court of Appeal) seems to have concluded that these earlier authorities had been overtaken by this Court's subsequent pronouncements in *O'Connor* (1995). I do not agree that *O'Connor* can substitute for *Osolin* or indeed that the two tests are equivalent or interchangeable.

102 The trial judge heard several days of argument from counsel for KWG as well as counsel for the prosecution and the defence on the use that would be made of KWG's diary in cross-examination before the jury. Much of this argument was directed explicitly to various dicta in *O'Connor*, *supra*. In

de fausser le sens du texte des art. 278.1 à 278.9, comme le propose le FAEJ. Il faut respecter les limites de l'intention du législateur qui ressortent des termes qu'il a utilisés.

Cette conclusion ne renforce pas beaucoup le point de vue de l'appelant. Comme le soulignent le ministère public et le FAEJ, les art. 278.1 à 278.9 émanent de la reconnaissance des droits à la vie privée et à l'égalité déjà exposés en common law et dans des arrêts relatifs à la *Charte* comme *O'Connor*, *Seaboyer* et *Osolin*. Je partage leur avis. Les mêmes principes juridiques sont tout à fait susceptibles de fournir la bonne solution dans le présent pourvoi.

(4) La question qui se pose en l'espèce est celle de l'admissibilité de la preuve et non de la production et de la communication

La confusion entre la production (*O'Connor*) et l'admissibilité (*Osolin*) est survenue au début du voir-dire en l'espèce.

Après avoir rejeté à bon droit l'applicabilité des art. 278.1 à 278.9 pour le motif qu'il n'était pas question de production ou de communication dans la présente affaire, le juge du procès a annoncé l'ouverture des plaidoiries sur l'admissibilité en mentionnant [TRADUCTION] « ce [qu'il allait] appeler une demande de type *O'Connor* à ce stade ».

Même s'il était bien au courant des arrêts *Seaboyer* (1991) et *Osolin* (1993), le juge du procès (et éventuellement la Cour d'appel) semble avoir conclu que cette jurisprudence antérieure avait été renversée par les énoncés subséquents de notre Cour dans l'arrêt *O'Connor* (1995). Je ne suis pas d'accord pour dire que l'arrêt *O'Connor* peut remplacer l'arrêt *Osolin* ou encore que les deux critères sont équivalents ou interchangeables.

Le juge du procès a entendu pendant plusieurs jours l'argumentation de l'avocate de KWG tout autant que celle des avocats du ministère public et de la défense au sujet de l'utilisation qui serait faite du journal intime de KWG lors du contre-interrogatoire devant le jury. Une grande partie

his ruling on the permissible scope of the cross-examination, the trial judge "applied" the *O'Connor* principles:

> The five criteria set out in [*O'Connor*], a decision of the Supreme Court of Canada, have application to the stage of a proceeding like this where production of a document is being sought. However, I am quite satisfied that those criteria should also be taken into account and applied when one is considering, not the question of production, but cross-examination. Referring to the headnote, those criteria are:
>
> First, the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence;
>
> Second, the probative value of the record in question;
>
> Third, the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record;
>
> Fourth, whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias;
>
> And fifth, the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy, or security of the person that would be occasioned by a production of the record in question. [Emphasis added.]

In my view, the trial judge erred in extrapolating the *O'Connor* test from the issue of production of information not previously disclosed to the defence and applying it to the admissibility (or use in cross-examination) before the jury of evidence already in the possession of the defence.

A simple "balancing of interests" test (*O'Connor*, *supra*, at paras. 129 and 150) cannot be equated to "substantially outweighs" (*Seaboyer* and *Osolin*). Under *O'Connor*, the default position is that the third party information is not produced to the defence. Under *Seaboyer* and *Osolin*, the

de cette argumentation portait expressément sur diverses opinions incidentes contenues dans l'arrêt *O'Connor*, précité. Pour décider de la portée acceptable du contre-interrogatoire, le juge du procès a « appliqué » les principes de l'arrêt *O'Connor* :

> [TRADUCTION] Les cinq critères établis dans l'arrêt [*O'Connor*] de la Cour suprême du Canada sont applicables à l'étape d'une procédure comme celle de la présente affaire où on demande la production d'un document. Toutefois, je suis entièrement convaincu que ces critères devraient être également pris en considération et appliqués non pas lorsqu'on examine la question de la production, mais lorsqu'on songe à procéder à un contre-interrogatoire. D'après le sommaire de cet arrêt, ces critères sont les suivants :
>
> Premièrement, la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière.
>
> Deuxièmement, la valeur probante du dossier en question.
>
> Troisièmement, la nature et la portée de l'attente raisonnable en matière de protection du caractère privé de ce dossier.
>
> Quatrièmement, la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoire.
>
> Cinquièmement, le préjudice que la production du dossier en question risque de causer à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne du plaignant. [Je souligne.]

103 À mon avis, le juge du procès a commis une erreur en extrapolant le critère de l'arrêt *O'Connor*, applicable à la question de la production de renseignements qui n'ont pas déjà été communiqués à la défense, pour l'appliquer à la question de l'admissibilité (ou de l'utilisation lors d'un contre-interrogatoire) devant le jury d'un élément de preuve que la défense a déjà en sa possession.

104 Un critère consistant simplement à « soupeser des droits » (*O'Connor*, précité, par. 129 et 150) ne peut être assimilé au critère selon lequel un droit doit « l'emporte[r] sensiblement » sur un autre (*Seaboyer* et *Osolin*). Selon l'arrêt *O'Connor*, la solution par défaut consiste à ne pas communiquer

default position is that the defence is allowed to proceed with its cross-examination.

105 It is important to keep in mind the procedural context of *O'Connor*. L'Heureux-Dubé J., noted at paras. 101-2, that whatever duty of disclosure rested on the Crown, it "does not extend to third parties. . . . [T]here is no duty on third parties to disclose". Lamer C.J. and Sopinka J. agreed: "[T]hird parties have no obligation to assist the defence" (para. 19). Thus, concluded L'Heureux-Dubé J., at para. 131:

> [S]eeking to invoke the power of the state to violate the privacy rights of other individuals, the applicant must show that the use of the state power to compel production is justified in a free and democratic society.

"The essence of privacy", L'Heureux-Dubé J. emphasized, at para. 119, "is that once invaded, it can seldom be regained". Thus, production would only be ordered where the salutary effects outweighed the deleterious effects of disclosure (para. 150). This rationale simply does not apply to evidence already lawfully in the possession of the defence.

106 The Court in *O'Connor* made clear, at para. 164, that its test for production was "not synonymous" (emphasis added) with the test for admissibility at trial, which would continue to be governed by *Seaboyer* and s. 276 of the *Criminal Code*.

(5) The Proper Limits of Cross-examination

107 In *Seaboyer*, McLachlin J. noted that "our courts have traditionally been reluctant to exclude even tenuous defence evidence" (p. 607) and affirmed that the defence has a right to use evidence in its possession unless its prejudicial effect "substantially outweighs" (p. 611) its probative value. The

à la défense les renseignements détenus par un tiers. Selon les arrêts *Seaboyer* et *Osolin*, la solution par défaut consiste à autoriser la défense à procéder à un contre-interrogatoire.

Il importe de se rappeler le contexte procédural de l'arrêt *O'Connor*. Madame le juge L'Heureux-Dubé a fait remarquer, aux par. 101-102, que quelle que soit l'obligation de divulgation qui incombe au ministère public, cette obligation « ne s'étend pas aux tiers » et « aucune obligation de divulguer n'incombe aux tiers ». Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka ont souscrit à ce point de vue : « les tiers ne sont nullement tenus de prêter leur assistance à la défense » (par. 19). Madame le juge L'Heureux-Dubé a conclu en ces termes, au par. 131 :

> [Lorsque le requérant] tente d'invoquer le pouvoir de l'État de violer les droits à la protection de la vie privée d'autres individus, il doit prouver que l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production est justifiée dans une société libre et démocratique.

Comme l'a souligné madame le juge L'Heureux-Dubé, au par. 119, « l'essence de la notion de vie privée est telle que, dès qu'on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité ». Par conséquent, la production ne serait ordonnée que si les effets bénéfiques l'emportent sur les effets préjudiciables de la communication (par. 150). Ce raisonnement ne s'applique tout simplement pas à la preuve que la défense a déjà légalement en sa possession.

Dans l'arrêt *O'Connor*, par. 164, notre Cour a précisé que le critère de production qu'elle y énonçait « ne correspond[ait] pas nécessairement » (je souligne) au critère d'admissibilité de la preuve lors du procès, lequel continuait d'être régi par l'arrêt *Seaboyer* et par l'art. 276 du *Code criminel*.

(5) Les limites appropriées du contre-interrogatoire

Dans l'arrêt *Seaboyer*, madame le juge McLachlin a fait remarquer que « [n]os tribunaux ont [. . .] traditionnellement hésité à exclure des éléments de preuve de la défense, si ténus soient-ils » (p. 607) et a confirmé que la défense a le droit d'utiliser la preuve qu'elle a en sa possession, sauf

reason for the different orientation is apparent. In the *O'Connor* situation, the accused is not entitled to disclosure, and seeks the intervention of the state to put aside the privacy of a third party complainant. In the *Seaboyer* situation, the state is asked by the complainant to intervene against the accused to deny him the use of information already in his possession. It is true that some of the same values must be weighed (e.g., full answer and defence, privacy, equality rights, etc.) but both the purpose and the context are quite different.

The *Seaboyer* test was affirmed in *Osolin*, *supra*, *per* Cory J., at p. 671:

> Generally, a complainant may be cross-examined for the purpose of eliciting evidence relating to consent and pertaining to credibility when the probative value of that evidence is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice which might flow from it. Cross-examination for the purposes of showing consent or impugning credibility which relies upon "rape myths" will always be more prejudicial than probative. Such evidence can fulfil no legitimate purpose and would therefore be inadmissible to go to consent or credibility.

The issue for the trial judge here, therefore, was whether cross-examination on the diary would create prejudice to the complainant that "*substantially outweighed*" its potential probative value to the appellant, and in that regard whether cross-examination on the *absence* of entries recording abuse relied upon "rape myths" or the equivalent.

(6) KWG's Privacy Concerns

Compelling KWG to answer questions about entries made in her teenage diary would force her to testify about aspects of her private life and negate her desire to determine for herself when, how and to what extent personal and private information is

si l'effet préjudiciable de cette preuve « l'emporte sensiblement » (p. 611) sur sa valeur probante. La raison de cette différence d'orientation est évidente. Dans la situation visée par l'arrêt *O'Connor*, l'accusé n'a pas droit à la communication de la preuve et il demande à l'État d'intervenir pour écarter le droit à la vie privée d'un tiers plaignant. Dans la situation visée par l'arrêt *Seaboyer*, le plaignant demande à l'État d'intervenir contre l'accusé afin de lui refuser l'utilisation de renseignements que ce dernier a déjà en sa possession. Il est vrai que certaines valeurs communes doivent être soupesées (par exemple, le droit à une défense pleine et entière, le droit à la vie privée, les droits à l'égalité, etc.), mais les objectifs et contextes respectifs sont très différents.

108 Dans l'arrêt *Osolin*, précité, p. 671, le juge Cory a confirmé la validité du critère énoncé dans l'arrêt *Seaboyer* :

> En général, un plaignant peut être contre-interrogé dans le but de faire ressortir des éléments de preuve portant sur le consentement et sur la crédibilité lorsque la valeur probante de cette preuve l'emporte sensiblement sur le risque qu'il en découle un préjudice inéquitable. Le contre-interrogatoire qui se fonde sur des « mythes sur le viol » afin de démontrer qu'il y a eu consentement ou d'attaquer la crédibilité aura toujours un effet préjudiciable qui dépassera sa valeur probante. Une telle preuve ne répond à aucun objectif légitime, et elle serait par conséquent inadmissible en ce qui a trait aux questions du consentement et de la crédibilité.

109 En l'espèce, le juge du procès devait donc décider si le contre-interrogatoire portant sur le journal intime causerait à la plaignante un préjudice qui « *l'emportait sensiblement* » sur la valeur probante qu'il pourrait avoir pour l'appelant. À cet égard, il devait se demander si le contre-interrogatoire portant sur l'*absence* d'inscriptions faisant état de sévices reposait sur des « mythes sur le viol » ou sur quelque chose d'équivalent.

(6) Préoccupations relatives à la vie privée de KWG

110 Forcer KWG à répondre à des questions concernant des inscriptions dans son journal intime d'adolescente aurait pour effet de la forcer à témoigner au sujet de certains aspects de sa vie privée et d'anniHiler son pouvoir de déterminer elle-même quand,

disclosed to others. It is not necessary for present purposes to address the question whether, and to what extent, these privacy interests are anchored in s. 7 of the *Charter*. In *Osolin* itself, the invasion of the complainant's privacy was held protected under s. 15 and s. 28 of the *Charter* (p. 669). Its protection in this case required no more than the fundamental requirement at common law that "the probative value of evidence must be weighed against its prejudicial effect" (*Osolin*, p. 665). Reference was made in that connection to *Wigmore on Evidence*, vol. IA (Tillers rev. 1983), at pp. 969 and 975, and to *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at p. 201.

comment et dans quelle mesure des renseignements personnels et privés peuvent être communiqués à autrui. Il n'est pas nécessaire, pour les besoins de la présente affaire, de se demander si et dans quelle mesure ce droit à la vie privée est enraciné dans l'art. 7 de la *Charte.* Dans l'arrêt *Osolin* lui-même, notre Cour a jugé que l'atteinte à la vie privée de la plaignante était protégée en vertu des art. 15 et 28 de la *Charte* (p. 669). Cette protection n'exigeait que le respect de la règle fondamentale de common law selon laquelle « la valeur probante de la preuve doit être soupesée en regard de son effet préjudiciable » (*Osolin*, p. 665). Ont été mentionnés à cet égard l'ouvrage *Wigmore on Evidence*, vol. IA (Tillers rev. 1983), p. 969 et 975, et l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, p. 201.

111 The purpose of the *voir dire*, according to the trial judge, was to determine "the circumstances under which what appears to be [KWG's] diary came into the accused's possession". KWG's counsel took the position that KWG could not be asked about the content of the diary even in the *voir dire* called for the purpose of determining its admissibility and this limitation was accepted by defence counsel who said he took the warnings from KWG's counsel "to heart".

Selon le juge du procès, le voir-dire a pour objet de déterminer [TRADUCTION] « les circonstances dans lesquelles l'accusé est entré en possession de ce qui semble être le journal intime de [KWG] ». L'avocate de KWG a prétendu que sa cliente ne pouvait pas être interrogée au sujet du contenu du journal intime même lors du voir-dire tenu pour en déterminer l'admissibilité. L'avocat de la défense a accepté cette restriction en disant qu'il prenait [TRADUCTION] « à cœur » les mises en garde de l'avocate de KWG.

112 The fact KWG conceded that the diary contained "mundane" sorts of information is not, in my view, fatal to her wish to keep private the entries she did choose to record in her private diary, but the fact KWG freely acknowledged that her teenage diary was not written in any kind of confessional spirit does go to the *weight* of the privacy interest.

À mon avis, le fait que KWG ait reconnu que le journal intime contenait des renseignements [TRADUCTION] « banals » ne compromet pas sa volonté de garder privées les inscriptions qu'elle a choisi d'y faire. Cependant, le fait que KWG a librement reconnu que son journal d'adolescente n'avait pas été écrit dans l'intention d'y faire des confessions a une incidence sur le *poids* à accorder au droit à la vie privée.

113 On this point, however, it is KWG, not the appellant, who might be expected to complain of the trial judge's ruling. He allowed the defence to put to KWG whatever entries it wished where specific entries arguably contradicted KWG on some of the statements she had made in her evidence-in-chief.

À cet égard toutefois, on pourrait s'attendre à ce que ce soit KWG et non l'appelant qui se plaigne de la décision du juge du procès. Celui-ci a permis à la défense d'interroger KWG sur toutes les inscriptions quelles qu'elles soient dans la mesure où elle pouvait soutenir que certaines inscriptions contredisaient des déclarations qu'elle avait faites pendant son interrogatoire principal.

All that was left to explore was what she *did not* write down. Cross-examination on that point would be a high-risk tactic for the defence capable of generating some devastating answers, to put it mildly. However, the appellant considered pursuit of that point to be crucial to his defence.

(7) Omission of Entries Recording Abuse

We arrive then at the appellant's real grievance. He was not allowed to challenge the credibility of KWG based on the absence of any entries dealing with physical or sexual abuse in an important and relevant eight-month period in 1970.

In fact, the jury was never told the omissions existed.

The Crown contends that the effect of this restriction was marginal at best:

> The Respondent submits that the non-recording of an event is generally of much lower probative value than the recording of an event. If an event *is* recorded which a witness denies, that contradiction cries out for an explanation. Where an event is not recorded, however, that fact is not in itself logically inconsistent with the event having occurred. [Emphasis in original.]

The Crown's argument assumes the point in issue, of course. If we *assume* KWG intended a type of diary that would not be expected to contain entries recording abuse, the omissions would be irrelevant. It is that assumption, however, which the defence sought to explore in cross-examination.

The courts have recognized, no doubt belatedly, that certain techniques of cross-examination traditionally employed in sexual assault cases have distorted rather than advanced the search for truth. This case illustrates one of the problem areas. The omission to record some piece of information is only probative if there is a reasonable expectation that such a record would be made (*R. v. R.M.* (1997), 93 B.C.A.C. 81, at paras. 45-49; *Wigmore on Evidence*,

114 Il restait seulement à examiner ce qu'elle *n'avait pas* écrit. Le contre-interrogatoire sur ce point représentait pour la défense une tactique très risquée qui était susceptible d'entraîner des réponses à tout le moins dévastatrices. L'appelant a toutefois jugé qu'il était crucial pour sa défense d'examiner cette question.

(7) Absence d'inscriptions faisant état de sévices

115 Nous en arrivons maintenant à ce dont se plaint véritablement l'appelant. Celui-ci n'a pas été autorisé à attaquer la crédibilité de KWG en invoquant l'absence d'inscriptions faisant état de sévices physiques ou sexuels au cours d'une période importante et pertinente de huit mois en 1970.

116 En fait, le jury n'a jamais été informé de l'absence de telles inscriptions.

117 Le ministère public prétend que cette restriction a eu un effet tout au plus marginal :

> [TRADUCTION] Selon l'intimé, l'omission d'inscrire un événement a généralement moins de valeur probante que l'inscription d'un événement. S'il *y a* inscription d'un événement dont un témoin nie l'existence, cette contradiction exige une explication. Cependant, le fait qu'un événement ne soit pas inscrit n'est pas en soi logiquement incompatible avec l'existence de l'événement. [En italique dans l'original.]

118 Il va sans dire que l'argument du ministère public part du principe que la question soulevée ne se pose pas. Si nous *tenons pour acquis* que KWG a voulu tenir un journal intime qui n'était pas censé comporter des inscriptions faisant état de sévices, l'absence de telles inscriptions n'est pas pertinente. C'est toutefois cette hypothèse que la défense cherchait à étudier lors du contre-interrogatoire.

119 Les tribunaux ont reconnu, sans doute tardivement, que certaines techniques de contre-interrogatoire traditionnelles en matière d'agression sexuelle ont pour effet de miner au lieu de favoriser la recherche de la vérité. La présente affaire illustre l'une des questions qui posent problème. L'omission d'inscrire un renseignement n'est probante que si on s'attend raisonnablement à ce qu'une telle inscription soit faite (*R. c. R.M.*

vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), at para. 1042). A pilot's log will record relevant flight information, because that is its purpose, but not what he or she had to eat for breakfast over the Atlantic Ocean. Hospital records will include medical observations but not what television station the patient happened to be watching that evening. What was objectionable about the defence approach here was that it overlooked (or perhaps resolutely resisted) the need to lay before the jury a rational basis for the inference it ultimately wished to draw, namely that the non-recording of a certain type of information was circumstantial evidence that the alleged abuse never happened.

120 The problem lies in the unspoken and unproven premise. KWG was obviously under no legal or other duty to record such observations. She clearly did not follow a regular practice of making such entries because no entries of any kind of abuse were made. All sides agree that the diary entries were "mundane". Why assume that a diary devoted to "mundane" entries would necessarily report on episodes of physical and sexual abuse? On what logical basis would such a non-record give rise to an inference of testimonial deficiency or fabrication? In the absence of some evidentiary basis for the premise that abuse ought to have been recorded, the result of allowing the cross-examination to proceed as proposed by the defence ("the entire contents are fair game") would be to allow the defence to go to the jury at the end of the trial and to point to the absence of entries in an effort to suggest — nod nod wink wink — that women and children who are sexually and physically abused do not suffer in silence, but must and do confide their inner hurt even if only to their private diaries.

(1997), 93 B.C.A.C. 81, par. 45-49; *Wigmore on Evidence*, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), par. 1042). Le pilote consigne dans son carnet de vol les renseignements pertinents relatifs au vol parce que c'est là l'objet même du carnet, et non ce qu'il a mangé pendant son petit déjeuner au-dessus de l'Atlantique. Les dossiers des établissements hospitaliers font notamment état d'observations médicales, mais non de la station de télévision dont le patient s'est adonné à regarder les émissions un soir particulier. Le défaut de l'approche de la défense en l'espèce réside dans le fait qu'elle a omis de prendre en compte (ou a peut-être résolument écarté) la nécessité de présenter au jury un fondement rationnel pour justifier l'inférence qu'elle souhaitait faire en définitive, à savoir que l'omission d'inscrire un certain type de renseignement constituait une preuve circonstancielle du fait que les sévices allégués n'avaient jamais été exercés.

C'est la prémisse tacite et non prouvée qui pose problème. KWG n'était manifestement pas tenue légalement ou autrement de consigner de telles observations. Elle n'avait clairement pas pour pratique de faire régulièrement des inscriptions de cette nature, car aucune inscription faisant état de sévices d'un type ou d'un autre ne figurait dans le journal. Toutes les parties admettent que les inscriptions dans le journal intime étaient « banales ». Pourquoi alors présumer qu'un journal intime consacré à des inscriptions « banales » doit nécessairement signaler des épisodes de sévices physiques et sexuels? Qu'est-ce qui justifierait logiquement qu'une telle absence d'inscriptions entraîne une inférence de témoignage déficient ou inventé? En l'absence de preuve étayant la prémisse selon laquelle les sévices auraient dû être consignés, permettre que le contre-interrogatoire ait lieu de la façon proposée par la défense ([TRADUCTION] « il est de bonne guerre de s'en prendre à tout le contenu ») reviendrait à lui permettre d'indiquer au jury, à la fin du procès, l'absence d'inscriptions afin de laisser entendre — par un signe de tête et un clin d'œil — que les femmes et les enfants qui sont victimes de sévices sexuels et physiques ne souffrent pas en silence, mais confient nécessairement leur blessure intérieure à quelqu'un, ne serait-ce que la consigner dans leur propre journal intime.

While in most instances the adversarial process allows wide latitude to cross-examiners to resort to unproven assumptions and innuendo in an effort to crack the untruthful witness, sexual assault cases pose particular dangers. *Seaboyer*, *Osolin* and *Mills* all make the point that these cases should be decided without resort to folk tales about how abuse victims are expected by people who have never suffered abuse to react to the trauma: *Mills*, *supra*, at paras. 72, 117-19; *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43, at para. 63. This is the law and the trial judge was right to apply it.

121 Malgré la grande latitude que, dans la plupart des cas, le processus contradictoire laisse aux contre-interrogateurs de recourir à des hypothèses et à des insinuations non prouvées pour tenter de désarçonner le témoin qui ment, les affaires d'agression sexuelle présentent des dangers particuliers. Les arrêts *Seaboyer*, *Osolin* et *Mills* précisent tous que de telles affaires devraient être tranchées sans qu'on recoure à des légendes populaires sur la façon dont des personnes qui n'ont jamais été maltraitées s'attendent à ce que les victimes de sévices réagissent aux traumatismes subis : *Mills*, précité, par. 72 et 117-119; *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43, par. 63. Tel est le droit applicable, et le juge du procès a eu raison de l'appliquer.

(8) Legitimate Scope for Cross-examination

(8) Portée légitime du contre-interrogatoire

This does not turn persons accused of sexual abuse into second-class litigants. It simply means that the defence has to work with facts rather than rely on innuendoes and wishful assumptions. This means, in turn, that the defence should not be prevented from getting at the facts. As L'Heureux-Dubé J. wrote in *O'Connor*, *supra*, at para. 124:

> Although the defence must be free to demonstrate, without resort to stereotypical lines of reasoning, that such information is actually relevant to a live issue at trial, it would mark the triumph of stereotype over logic if courts and lawyers were simply to assume such relevance to exist, without requiring any evidence to this effect whatsoever. [Emphasis in original.]

122 Les personnes accusées d'abus sexuel ne sont pas pour autant des justiciables de deuxième ordre. Cela signifie seulement que la défense doit s'en tenir aux faits au lieu de se fonder sur des insinuations et des hypothèses non prouvées. Il s'ensuit qu'il ne faut pas empêcher la défense d'avoir accès aux faits. Comme l'a affirmé madame le juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *O'Connor*, précité, par. 124 :

> Bien que la défense doive être libre de prouver, sans recourir à des raisonnements stéréotypés, que de tels renseignements ont vraiment trait à une question réellement en litige, cela marquerait le triomphe des stéréotypes sur la logique si les tribunaux et les avocats devaient simplement supposer l'existence d'une telle pertinence sans exiger aucun élément de preuve à cet égard. [Souligné dans l'original.]

123 At the time of the trial, KWG was a mature and well-spoken 42-year-old adult. She was (or had been) an airline stewardess. She was not a child in need of any special protection from the court. There were arguably some contradictions between her testimony as an adult and what she had written as a teenager 27 years before, as the trial judge recognized. These arguable contradictions nourished the defence argument that the diary (including omissions) provided a more accurate picture of events in 1970 than KWG's unaided recollection. I therefore do not, with respect, agree with my colleague L'Heureux-Dubé J., at para. 176, that cross-

Au moment du procès, KWG était une adulte de 42 ans qui s'exprimait bien. Elle était (ou avait été) agente de bord. Elle n'était pas une enfant requérant une protection particulière de la cour. Comme l'a reconnu le juge du procès, il était possible d'affirmer qu'il y avait des contradictions entre le témoignage qu'elle avait fait en tant qu'adulte et ce qu'elle avait écrit pendant son adolescence, 27 ans auparavant. Ces contradictions discutables alimentaient l'argument de la défense selon lequel le journal intime (y compris l'absence d'inscriptions) offrait un portrait plus exact des événements de 1970 que la seule mémoire de KWG. En toute déférence, je

examination on such issues would serve "no legitimate purpose".

124 A witness's powers of recall and the reliability of his or her memory are important issues in a trial of events that took place 27 years previously.

(9) The Trial Judge's Ruling with Respect to the Absence of Entries

125 The trial judge did not refer in his ruling to the *Seaboyer* or *Osolin* test for limiting the appellant's fair trial rights to a full cross-examination. He explicitly approached the cross-examination issue as an extension of the *O'Connor* production issue, applying the same criteria.

126 It is not clear from the record whether he had actually examined the diary. In his related (but earlier) ruling on the application of ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*, he had said that he had not read "any portion of the diary". Counsel for the appellant advised this Court that to his knowledge the trial judge at no time examined the diary, which, if correct, would be consistent with his adaptation of the *O'Connor* approach.

127 After dealing favourably with various elements in the appellant's motion to refer KWG to actual entries in the diary, the trial judge addressed the potential use of the diary in the proposed cross-examination on the *absence* of entries regarding the alleged abuse:

> I do not make any ruling about how the defence may argue its case to the jury, but I am satisfied that on this issue, the privacy interest outweighs the potential probative value. In my view, the probative value of demonstrating that [KWG] did not write in her diary a description of any particular sexual assault by [the appellant] is minimal and the intrusion upon her privacy is considerable.

ne souscris donc pas à l'opinion que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé exprime au par. 176, selon laquelle le contre-interrogatoire portant sur de telles questions ne sert « [a]ucune fin légitime ».

La capacité de remémoration d'un témoin et la fiabilité de sa mémoire sont des points importants dans un procès relatif à des événements survenus 27 ans auparavant.

(9) La décision du juge du procès concernant l'absence d'inscriptions

Le juge du procès n'a pas mentionné dans sa décision le critère qui, selon l'arrêt *Seaboyer* ou *Osolin*, s'applique pour limiter le droit de procéder à un contre-interrogatoire complet que l'appelant possède en vertu de son droit à un procès équitable. Il a expressément abordé la question du contre-interrogatoire comme un prolongement de la question de production en cause dans l'arrêt *O'Connor*, et a appliqué les mêmes critères.

Le dossier n'indique pas clairement s'il a effectivement examiné le journal intime. Dans la décision connexe (mais antérieure) qu'il a prise au sujet de l'application des art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*, il a dit qu'il n'avait lu [TRADUCTION] « aucune partie du journal intime ». L'avocat de l'appelant a informé notre Cour qu'à sa connaissance le juge du procès n'avait jamais examiné le journal intime, information qui, si elle était exacte, serait compatible avec son adaptation de l'approche de l'arrêt *O'Connor*.

Après avoir accueilli divers éléments de la requête de l'appelant visant à confronter KWG à des inscriptions qu'elle avait faites dans son journal intime, le juge du procès a abordé la question de la possibilité d'utiliser le journal intime au cours du contre-interrogatoire projeté au sujet de *l'absence* d'inscriptions faisant état des sévices allégués :

> [TRADUCTION] Je ne me prononce pas sur la façon dont la défense peut faire valoir son point de vue devant le jury, mais je suis convaincu qu'à cet égard le droit à la vie privée l'emporte sur la valeur probante potentielle. À mon avis, la valeur probante de la démonstration que [KWG] n'a consigné dans son journal intime aucune description de quelque agression sexuelle que ce soit

[Defence counsel] may not conduct that particular sort of cross-examination with the diary.

de la part de [l'appelant] est faible alors que l'atteinte à son droit à la vie privée est considérable. [L'avocat de la défense] ne peut procéder à ce type particulier de contre-interrogatoire au sujet du journal intime.

It is evident that the statements in his ruling about "discriminatory belief or bias" and "the privacy interest" and "probative value" relate back to his recitation four pages earlier in the transcript of the second, fourth and fifth elements of the "balancing test" in *O'Connor*.

128 Il est évident que les affirmations qu'il fait dans sa décision au sujet [TRADUCTION] « [d']une croyance ou [d']un préjugé discriminatoire », ainsi que du « droit à la vie privée » et de la « valeur probante » ont trait à son exposé, quatre pages plus haut dans la transcription, des deuxième, quatrième et cinquième éléments du « critère d'évaluation » de l'arrêt *O'Connor*.

He specifically attributed his disallowance of questions about the absence of entries to "criterion number 4 in *O'Connor*". It cannot fairly be concluded, in my view, that he applied *Seaboyer* or *Osolin* when he explicitly purported to apply *O'Connor*. I see no reason why we should not accept that this is exactly what he did. At no time did he find that the intrusion on privacy "substantially outweighed" the probative value. In the view he took of the post-*O'Connor* law, that was not the test.

129 Il a expressément motivé son refus d'autoriser les questions portant sur l'absence d'inscriptions par le « quatrième critère de l'arrêt *O'Connor* ». J'estime qu'on ne saurait conclure, à juste titre, qu'il a appliqué l'arrêt *Seaboyer* ou *Osolin* lorsqu'il a expressément voulu appliquer l'arrêt *O'Connor*. Je ne vois aucune raison de ne pas reconnaître que c'est exactement ce qu'il a fait. Il n'a jamais conclu que l'atteinte au droit à la vie privée « l'emportait sensiblement » sur la valeur probante. Selon son interprétation de l'état du droit après l'arrêt *O'Connor*, ce n'était pas le critère applicable.

The trial judge's ruling was certainly understood by Donald J.A. in the British Columbia Court of Appeal, as based on *O'Connor*. He concluded that *Mills*, *supra*, following on *O'Connor*, *supra*, "casts a new light on the question of the complainant's privacy and supports the impugned ruling" (para. 83). Further, "*Mills* . . . shifted the balance away from the primary emphasis on the rights of the accused" (para. 93), and again, "[t]he majority in *Mills* emphasized the need to concentrate on the context in which the competing rights arise in order to strike the right balance in each case" (para. 94).

130 Le juge Donald de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a sûrement considéré que la décision du juge du procès était fondée sur l'arrêt *O'Connor*. Il a conclu que l'arrêt *Mills*, précité, suivant l'arrêt *O'Connor*, précité, [TRADUCTION] « présente sous un jour nouveau la question du droit de la plaignante au respect de sa vie privée et étaye la décision attaquée » (par. 83). De plus, « *Mills* a rompu avec la tendance à privilégier les droits de l'accusé » (par. 93), et « [l]es juges majoritaires dans l'arrêt *Mills* ont souligné la nécessité de se concentrer sur le contexte dans lequel naissent les droits opposés afin d'atteindre un juste équilibre dans chaque cas » (par. 94).

Mills, of course, dealt with the constitutional validity of the procedure set out in ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code* for the production of third party records. It did not purport to deal with the proper limits of cross-examination using evidence already in the possession of the defence.

131 L'arrêt *Mills* portait naturellement sur la constitutionnalité de la procédure de communication de documents détenus par des tiers, énoncée aux art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*. Il n'était pas censé traiter des limites appropriées du contre-interrogatoire effectué à l'aide d'éléments de preuve que la défense a déjà en sa possession.

132 Moreover, even in terms of *production* of third party documents, I do not, with respect, agree that "*Mills* has shifted the balance away from the primary emphasis on the rights of the accused" (para. 93 (emphasis added)) because *Mills* itself affirms the primacy — in the last resort — of the requirement of a fair trial to avoid the wrongful conviction of the innocent. *Mills* states in para. 94 that

> where the information contained in a record directly bears on the right to make full answer and defence, privacy rights must yield to the need to avoid convicting the innocent.

133 I agree with Donald J.A. that the trial judge applied *O'Connor* to limit the defence cross-examination of the complainant but I do not agree, with respect, that this Court in *O'Connor* or *Mills* either intended to or did substitute a test intended for the production of third party documents to the quite different problem of imposing limits on cross-examination as laid down in *Seaboyer* and *Osolin*.

(10) The Duty to Permit Proper Cross-examination

134 The trial judge was quite correct to reject the overly aggressive posture put forward on behalf of the appellant.

135 Defence counsel stated: "My position is [that] I have got this diary, I am entitled to cross-examine [on] it". Further, the defence opening position was that:

> I may cross-exam[ine] her and take her through the entire thing so my friend should assume that the entire contents are fair game.

136 Eventually he relented and provided the court with a list of specific entries to be put to KWG in cross-examination, all of which were eventually allowed by the trial judge.

En toute déférence, j'ajoute que, même en ce qui a trait à la *communication* des documents de tiers, je ne suis pas d'accord pour dire que [TRADUCTION] « *Mills* a rompu avec la tendance à privilégier les droits de l'accusé » (par. 93 (je souligne)) parce que cet arrêt confirme lui-même la primauté — en dernière analyse — de la nécessité de tenir un procès équitable pour éviter toute condamnation injustifiée d'un innocent. Au paragraphe 94 de l'arrêt *Mills*, la Cour affirme que

> si les renseignements contenus dans un dossier influent directement sur le droit à une défense pleine et entière, le droit à la vie privée doit céder le pas à la nécessité d'éviter de déclarer coupable un innocent.

Je conviens avec le juge Donald que le juge du procès a appliqué l'arrêt *O'Connor* pour limiter le contre-interrogatoire de la plaignante par la défense, mais, en toute déférence, je ne partage pas son avis que, dans l'arrêt *O'Connor* ou dans l'arrêt *Mills*, notre Cour a voulu substituer ou a substitué un critère destiné à s'appliquer à la communication des documents de tiers à la difficulté très différente d'imposer les limites au contre-interrogatoire établies dans les arrêts *Seaboyer* et *Osolin*.

(10) L'obligation de permettre un contre-interrogatoire approprié

Le juge du procès a parfaitement eu raison de rejeter l'attitude trop agressive manifestée par le représentant de l'appelant.

L'avocat de la défense a dit : [TRADUCTION] « Mon point de vue est [que] je suis en possession de ce journal intime et [que] j'ai le droit de procéder à un contre-interrogatoire [sur] celui-ci ». De plus, la position initiale de la défense était la suivante :

> [TRADUCTION] Je peux la contre-interroger et lui faire parcourir tout le document, de sorte que mon confrère devrait tenir pour acquis qu'il est de bonne guerre de s'en prendre à tout le contenu.

Il s'est toutefois ravisé et a fourni au tribunal une liste d'inscriptions précises au sujet desquelles il souhaitait questionner KWG en contre-interrogatoire et qui ont finalement toutes été approuvées par le juge du procès.

The position was accurately summarized on this point by the trial judge when he said the submission of defence counsel was that

he should have a wide-ranging ability to use the diary in pretty much any way that he sees fit on behalf of his client.

The justified rejection of this position did not end the matter. In *Osolin*, the majority took the view that the trial judge is obliged to focus on the rights of the accused, not the posture adopted by his or her counsel. In that case, the defence wanted to cross-examine the complainant on her medical records to show "what kind of person the complainant is" (p. 673). Cory J. held that such a purpose was plainly improper, but

quite apart from the submissions of the defence counsel, it is the duty of the trial judge to ensure that the accused's rights with regard to cross-examination, which are so essential to the defence, are protected.

In his view, a more limited cross-examination ought to have been allowed. L'Heureux-Dubé J. (at p. 611) and McLachlin J. (at p. 642) expressly dissented on this point, but the view of Cory J. was sustained by a majority of the Court.

In my view, therefore, it was not enough for the trial judge to reject the overreaching position of defence counsel. He was also required to assess for himself the legitimate entitlement of the accused. In fact, he seems to have done so in the course of argument, but not in his ruling. For example, he suggested to the defence that it could explore the absence of entries in front of the jury without going through the diary "item by item":

THE COURT: What I meant by that comment is perhaps you can deal with it on a level of generality by proving that she did not record this, did not record that, as opposed to taking her through it item by item, but you can tell me that tomorrow.

[DEFENCE COUNSEL]: That's not the way we're approaching it, my lord.

137 Le juge du procès a résumé avec exactitude le point de vue de la défense sur ce point en précisant que l'argument de l'avocat de la défense était qu'il

[TRADUCTION] devrait disposer de la latitude voulue pour utiliser le journal intime à peu près comme bon lui semble, en agissant pour son client.

138 Le rejet justifié de ce point de vue n'a pas réglé la question. Dans l'arrêt *Osolin*, les juges majoritaires ont considéré que le juge du procès est tenu de se concentrer sur les droits de l'accusé, et non sur l'attitude manifestée par son avocat. Dans cette affaire, la défense voulait contre-interroger la plaignante sur son dossier médical afin de montrer « le genre de personne qu'[elle était] » (p. 673). Le juge Cory a conclu qu'une telle fin était nettement illégitime, en ajoutant toutefois que,

indépendamment des prétentions avancées par l'avocat de la défense, il incombe au juge du procès de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés.

139 Selon lui, il aurait fallu permettre un contre-interrogatoire plus limité. Madame le juge L'Heureux-Dubé (p. 611) et madame le juge McLachlin (p. 642) ont expressément exprimé leur désaccord sur ce point, mais les juges majoritaires de notre Cour ont souscrit au point de vue du juge Cory.

140 Voilà pourquoi, selon moi, il ne suffisait pas que le juge du procès rejette le point de vue excessif de l'avocat de la défense. Il devait également déterminer le droit que l'accusé pouvait légitimement invoquer. En réalité, il semble l'avoir fait pendant l'argumentation, mais non dans sa décision. Par exemple, il a indiqué à la défense qu'elle pouvait examiner la question de l'absence d'inscriptions en présence du jury sans parcourir le journal intime « point par point » :

[TRADUCTION]

LA COUR : Ce que j'ai voulu dire par ce commentaire, c'est que vous pouvez peut-être examiner cette question de façon générale en prouvant qu'elle n'a pas inscrit ceci ou cela, au lieu de l'interroger point par point, mais vous pourrez me le dire demain.

[L'AVOCAT DE LA DÉFENSE] : Ce n'est pas là notre façon d'aborder la question monsieur le juge.

141 Donald J.A. was of a similar view in the Court of Appeal (at para. 87):

> If it had been possible to confine the questions simply to the fact that the entries made no mention of the abuse, without getting into the diary itself, the balance may have tipped the other way.

142 The trial judge had already rejected an all or nothing approach to the use of diary entries and there is no reason why similar ground rules involving a few representative entries could not have been established on this issue as well. The parties were agreed that the diary made no mention of physical or sexual abuse. It was therefore unnecessary, with respect, to take KWG through the entire diary to establish that fact, as suggested by my colleague L'Heureux-Dubé J. at para. 169.

(11) Applying the *Osolin* Test

143 The serious limits placed on the defence emerged in the clarification of the ruling sought by the appellant with respect to the issue of the mother's alleged physical abuse (which did not, of course, raise a "rape myth" issue as such):

> [Defence Counsel]: One further point of clarification with respect to . . . the references to beatings and negative references to her mother. I have your point squarely that I shall in all respects stay away from the diary about those issues but I didn't want — there may have been some misunderstanding between you and I, my lord. . . .
>
> The Court: Yes. I have a note, whatever I may have said a few minutes ago, my note shows that the diary contains no reference to her mother beating her, but you wanted to cross-examine her on why that was so.
>
> [Defence Counsel]: Yes. I'm not going to now, in light of your ruling. I should say this, though, that I do intend to cross-examine her without any reference to this diary about what she says were these beatings by her mother because she gave that evidence in direct examination. I have some discrete questions that I wish to put to her, no questions about the diary, and I also may ask her some questions, again nothing about the diary, but to ascertain the relationship she had with her mother . . . .

Le juge Donald de la Cour d'appel avait un point de vue similaire (au par. 87) :

> [TRADUCTION] S'il avait été possible de limiter les questions au simple fait que les inscriptions ne faisaient pas état des sévices exercés, sans entrer dans le journal intime lui-même, la balance aurait pu pencher de l'autre côté.

Le juge du procès avait déjà rejeté une méthode du tout ou rien à l'égard de l'utilisation des inscriptions du journal intime et rien ne justifiait qu'on ne puisse pas établir, à ce sujet également, des règles de base similaires comportant quelques inscriptions représentatives. Les parties s'accordaient pour dire que le journal intime ne faisait état d'aucuns sévices physiques ou sexuels. En toute déférence, il n'était donc pas nécessaire de faire parcourir à KWG tout le journal intime afin d'établir ce fait, comme le propose ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, au par. 169.

(11) Application du critère de l'arrêt *Osolin*

Les limites importantes imposées à la défense ont émané de la clarification de la décision sollicitée par l'appelant au sujet de la question des sévices physiques que la mère aurait exercés (qui, bien sûr, ne soulevait pas vraiment de question de « mythe sur le viol ») :

> [TRADUCTION]
>
> [L'avocat de la défense] : Un autre point qui doit être clarifié a trait aux [. . .] mentions des coups reçus et aux mentions négatives de sa mère. Je comprends clairement que vous me demandez de m'abstenir à tous égards d'utiliser le journal intime au sujet de ces points, mais je ne voulais pas — il peut y avoir eu un malentendu entre vous et moi, monsieur le juge . . .
>
> La Cour : Oui. J'ai une note, peu importe ce que j'ai pu dire il y a quelques minutes, ma note montre que le journal intime ne comporte aucune mention de coups reçus de sa mère, mais vous vouliez la contre-interroger sur ce qui explique cette absence de mention.
>
> [L'avocat de la défense] : Oui. Je ne le ferai donc pas, compte tenu de votre décision. J'aimerais ajouter toutefois que je compte la contre-interroger, sans me référer à son journal intime, sur ce qu'elle a dit au sujet de ces coups reçus de sa mère parce qu'elle les a mentionnés pendant son interrogatoire principal. J'aimerais lui poser d'autres questions, aucune question concernant le journal intime, et il se peut aussi que je lui pose quelques questions, encore une fois rien au sujet du journal intime, afin de déterminer la relation qu'elle avait avec sa mère . . .

THE COURT: So far as it arises from direct examination, it doesn't touch on the diary, then I guess it's a separate issue. [Emphasis added.]

LA COUR : Dans la mesure où la question posée découle de l'interrogatoire principal et ne touche pas au journal intime, alors j'imagine qu'il s'agit d'une autre question. [Je souligne.]

In my view, KWG's diary ought not to have been ruled untouchable in this respect and I think that if the trial judge had properly directed himself on the *Osolin* test, he would have reached a different conclusion.

144 À mon avis, le juge du procès n'aurait pas dû décider que le journal intime de KWG était intouchable à cet égard, et je pense que, s'il ne s'était pas trompé au sujet du critère établi dans l'arrêt *Osolin*, il serait arrivé à une conclusion différente.

Firstly, the absence of any entries relating to physical or sexual abuse was a live issue with respect to the credibility of KWG that was potentially of probative value, depending on her responses. The trial judge had already concluded that there was sufficient potential contradiction between KWG's evidence-in-chief and certain of the diary entries to justify calling on her for an explanation before the jury. Questions dealing with the absence of entries were no more intrusive into her privacy than those he had already permitted. The trial judge had decided that it was open to the defence to argue that the contemporaneous diary showed a more accurate picture of KWG's life in 1970 than her unaided evidence-in-chief 27 years later.

145 Premièrement, l'absence de toute inscription faisant état de sévices physiques ou sexuels était une question litigieuse touchant la crédibilité de KWG qui pouvait avoir une certaine valeur probante, selon les réponses qu'elle donnerait. Le juge du procès avait déjà conclu qu'il pouvait y avoir assez de contradictions entre le témoignage de KWG lors de son interrogatoire principal et certaines inscriptions contenues dans son journal intime pour qu'elle soit appelée à s'expliquer devant le jury. Les questions relatives à l'absence d'inscriptions ne portaient pas plus atteinte à sa vie privée que celles qui avaient déjà été autorisées. Le juge du procès avait décidé que la défense pouvait prétendre que le journal intime que KWG avait écrit en 1970 donnait un portrait plus exact de sa vie à cette époque que le témoignage spontané qu'elle a fait lors de son interrogatoire principal 27 ans plus tard.

Secondly, the probative value to the defence depended on establishing the premise that if the physical and sexual abuse occurred, it would have been recorded. The defence was rightly precluded from *assuming* the truth of that premise, but it did not follow that the defence should also be precluded from attempting to *demonstrate* it with this particular diary on the particular facts of a case. As previously noted, both the trial judge and Donald J.A. seemed to consider such cross-examination would be proper provided the result was not an indiscriminate rehash of every entry in the diary, as the defence had demanded.

146 Deuxièmement, pour la défense la valeur probante était tributaire de la prémisse selon laquelle, si de tels sévices physiques et sexuels avaient été exercés, ils auraient été consignés. La défense s'est vu interdire à bon droit de *tenir pour acquis* que cette prémisse représentait la réalité, mais il ne s'ensuivait pas qu'il fallait également l'empêcher de tenter d'en *faire la démonstration* au moyen de ce journal intime, compte tenu des faits particuliers de l'affaire. Comme nous l'avons vu, le juge du procès et le juge Donald de la Cour d'appel semblent avoir tous les deux estimé qu'un tel contre-interrogatoire serait approprié pourvu qu'il n'en résulte pas un rabâchage inconsidéré de chaque inscription du journal intime, comme l'avait demandé la défense.

Thirdly, the court ought not to have assumed what her responses to those questions would be: *Osolin*,

147 Troisièmement, le tribunal n'aurait pas dû présumer quelles seraient les réponses qu'elle donnerait

supra, at p. 674. Both the trial judge and the Court of Appeal assumed questions about the absence of entries could have been easily answered by KWG. If so, there was even less reason to prevent them from being asked.

148 Fourthly, KWG had herself characterized the diary entries as "mundane". There was no effort to put her "lifestyle and reputation on trial": *Osolin*, *supra*, at p. 672. This does not at all eliminate her privacy interest, but it lessens its weight.

149 Fifthly, neither KWG nor her counsel suggested any particular privacy interest in the reasons why KWG kept a diary in 1970 or its scope. Indeed, her counsel acknowledged that "[t]he circumstances under which the diary was created" goes to the "kind of privacy interest that she has" rather than being itself the subject matter of a privacy interest.

150 Accordingly, viewed from the *Osolin* perspective, the nature and scope of KWG's diary did not raise privacy or other concerns of such importance as to "substantially outweigh" the appellant's fair trial right to cross-examine on the diary (both the selected entries permitted by the trial judge and the absence of entries) to test the accuracy and completeness of KWG's recollection of events 27 years previously.

151 It cannot be said that there is no reasonable possibility that if the cross-examination had proceeded, the verdict on the KWG charges would necessarily have been the same. The curative proviso of s. 686(1)(*b*)(iii) is therefore inapplicable: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 616, and *R. v. Jolivet*, [2000] 1 S.C.R. 751, 2000 SCC 29, at para. 49.

à ces questions : *Osolin*, précité, p. 674. Le juge du procès et la Cour d'appel ont tous deux présumé que KWG aurait pu répondre aisément aux questions sur l'absence d'inscriptions. Le cas échéant, il y avait encore moins de raisons d'empêcher que de telles questions soient posées.

Quatrièmement, KWG avait elle-même qualifié de « banales » les inscriptions faites dans son journal intime. Il n'y a eu aucune tentative de « faire le procès du mode de vie et de la réputation » de KWG : *Osolin*, précité, p. 672. Sans éliminer le droit à la vie privée de KWG, cela diminue cependant le poids à accorder à ce droit.

Cinquièmement, ni KWG ni son avocate n'ont évoqué quelque droit particulier à la vie privée au sujet des raisons pour lesquelles KWG a tenu un journal intime en 1970 ou au sujet de sa portée. En fait, son avocate a reconnu que [TRADUCTION] « [l]es circonstances dans lesquelles le journal intime a été écrit » ont une incidence sur « le type de droit à la vie privée qu'elle possède » et ne sont pas visées par un droit à la vie privée.

Par conséquent, considérés sous l'angle de l'arrêt *Osolin*, la nature et le contenu du journal intime de KWG ne soulevaient pas de préoccupations relatives à la vie privée ou préoccupations de quelque autre ordre qui fussent importantes au point de « l'emporter sensiblement » sur le droit de l'appelant à un procès équitable, lequel droit l'autorisait à contre-interroger KWG sur le journal (tant en ce qui a trait aux inscriptions sélectionnées autorisées par le juge du procès qu'à l'absence d'inscriptions) pour vérifier si cette dernière avait un souvenir fidèle et complet d'événements survenus 27 ans auparavant.

On ne peut pas dire qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict prononcé au sujet des accusations relatives à KWG aurait nécessairement été le même si le contre-interrogatoire avait eu lieu. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) est donc inapplicable : *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, p. 616, et *R. c. Jolivet*, [2000] 1 R.C.S. 751, 2000 CSC 29, par. 49.

C. *Effect of New Trial of KWG Charges on Use of Similar Fact Evidence*

The new trial ordered on charges related to KWG does not, in my view, put in doubt the correctness of the jury verdicts with respect to the other complainants. It is true that KWG's testimony was admitted as similar fact evidence on the other counts. However, the ruling that KWG's testimony was not tested by cross-examination to the extent necessary to support a conviction beyond a reasonable doubt on her complaints does not make it inadmissible on the similar fact issue, namely the appellant's *modus operandi*. Ten other complainants testified to the same effect. There is no miscarriage of justice in maintaining those convictions. If necessary, I would apply the curative proviso in s. 686(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code* in that respect.

V. Disposition

The Crown did not dispute the correctness of the new trial ordered by the British Columbia Court of Appeal on the two pre-1983 counts. The appeal is therefore allowed with respect to the counts pertaining to KWG but is dismissed with respect to the other convictions of the appellant, the validity of which is affirmed.

The reasons of L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part) — The issues in this case are (1) whether the similar fact evidence adduced to support the credibility of the complainants was properly admitted at trial; and (2) whether the trial judge was right to restrict defence counsel's cross-examination on the diary of the complainant KWG.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Justice Binnie. While I agree with

C. *Effet d'un nouveau procès relatif aux accusations concernant KWG sur l'utilisation de la preuve de faits similaires*

152 Le nouveau procès ordonné à l'égard des accusations relatives à KWG ne met pas en doute, selon moi, la justesse des verdicts que le jury a prononcés en ce qui concerne les autres plaignantes. Il est vrai que le témoignage de KWG a été admis à titre de preuve de faits similaires relativement aux autres chefs d'accusation. Toutefois, la décision voulant que le témoignage de KWG n'ait pas été assez testé au moyen d'un contre-interrogatoire pour qu'il étaye hors de tout doute raisonnable une déclaration de culpabilité concernant les plaintes qu'elle a portées ne le rend pas inadmissible en ce qui a trait à la question des faits similaires, à savoir le *modus operandi* de l'appelant. Dix autres plaignantes ont témoigné dans le même sens. Le maintien de ces déclarations de culpabilité ne constitue pas une erreur judiciaire. Si nécessaire, j'appliquerais la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)*b*)(iii) du *Code criminel* à cet égard.

V. Dispositif

153 Le ministère public n'a pas contesté la justesse de l'ordonnance de nouveau procès délivrée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en ce qui concerne les deux chefs d'accusation antérieurs à 1983. Le pourvoi est donc accueilli à l'égard des chefs d'accusation relatifs à KWG, mais rejeté à l'égard des autres déclarations de culpabilité de l'appelant, dont la validité est confirmée.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier rendus par

154 LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie) — Les questions en litige dans ce pourvoi sont les suivantes : (1) La preuve de faits similaires produite pour étayer la crédibilité des plaignantes a-t-elle été régulièrement admise au procès? (2) Le juge du procès a-t-il eu raison de limiter le contre-interrogatoire de l'avocat de la défense en ce qui a trait au journal intime de la plaignante KWG.

155 J'ai eu l'avantage des motifs de mon collègue le juge Binnie et bien que, comme lui, j'estime que le

him that the trial judge correctly concluded that the similar fact evidence was admissible, I respectfully disagree that the defence should have been permitted to question KWG on the absence of reference to abuse in her diary. The reasons for my disagreement are twofold. First, the trial judge should have ordered the diary returned to KWG, its rightful owner, and required the appellant to seek production of it through the appropriate statutory channels. Second, even if the appellant had acquired the diary through the proper channels in the first place, the prejudicial effect of the proposed line of questions on the absence of entries substantially outweighs its probative value. Thus, I believe the appeal should be dismissed with respect to all of the convictions of the appellant.

I. Wrongful Possession of the Diary

156 My colleague correctly concludes that KWG never waived or abandoned her privacy interest in her diary. He suggests, however, that KWG was not illegally deprived of her property interest in her diary because "[s]he simply left it behind in a common storage room with other possessions no longer required for day-to-day living" (para. 88). Binnie J.'s conclusion in this regard recalls the trial judge's determination that KWG's continuing privacy interest in the contents of her diary obviated any need to decide whether KWG had abandoned her property interest in the writing:

> I am inclined to the view that K.W. did not abandon her property interest in the diary either, although that is less clear. Having ignored the document for 20 years or more, one might conclude that she had abandoned the property interest in it. I do not need to decide that issue on the present application. I am satisfied that her privacy interest in the information remains a right enjoyed by her.

157 In my view, the implications of the reasoning of Binnie J. and the trial judge warrant some

juge du procès a eu raison de conclure à l'admissibilité de la preuve de faits similaires, je ne peux, en toute déférence, souscrire à son opinion selon laquelle la défense aurait dû être autorisée à interroger KWG sur l'absence de mention de sévices dans son journal intime. Mon désaccord porte sur deux points. Premièrement, le juge du procès aurait dû ordonner la remise du journal intime à KWG, sa propriétaire légitime, et contraindre l'appelant à en solliciter la production par les voies légales appropriées. Deuxièmement, en supposant même que l'appelant ait légitimement obtenu ce journal intime, l'effet préjudiciable des questions qu'il projetait de poser sur l'absence de ces mentions dans ce journal l'emporte sensiblement sur la valeur probante de cet élément de preuve. En conséquence, j'estime que le pourvoi doit être rejeté relativement à toutes les déclarations de culpabilité prononcées contre l'appelant.

I. La possession illégitime du journal intime

Mon collègue conclut à juste titre que KWG n'a jamais renoncé à son droit à la vie privée à l'égard de son journal intime, ni abandonné ce droit de quelque autre façon. Il avance cependant que KWG n'a pas été privée illégalement de la possession de son journal, étant donné que « [à] son départ, elle l'avait tout simplement laissé dans une aire commune de remisage avec d'autres biens dont elle n'avait plus besoin au quotidien » (par. 88). La conclusion du juge Binnie sur ce point nous reporte à celle du juge du procès selon laquelle le fait que le droit à la vie privée de KWG relativement au contenu de son journal intime continuait de s'appliquer écartait tout besoin de décider si cette dernière avait abandonné son droit de propriété à l'égard de ce document :

> [TRADUCTION] Je suis enclin à penser que K.W. n'a pas non plus abandonné son droit de propriété sur le journal intime, quoique cela ne soit pas aussi clair. Le fait qu'elle ne s'en soit pas préoccupée pendant au moins 20 ans pourrait amener à conclure qu'elle a renoncé à son droit de propriété à l'égard de ce document. Je n'ai pas besoin de trancher cette question dans le cadre de la présente demande. Je suis convaincu qu'elle continue de jouir de son droit de propriété sur l'information en question.

À mon avis, les implications du raisonnement du juge Binnie et du juge du procès appellent

elaboration. At the time she wrote the diary entries, KWG, her sister, and her mother lived together in a single room in a house at 1160 W. 10th Avenue, Vancouver, along with the accused and about 12 other people. In order to conserve space, her mother put the family's belongings in a storage room in the basement. Each of the residents in the house had her own boxes in her own area in the storage room. There was no sharing of boxes or storage areas, each of the residents knew where her belongings were, and Dorothy Rollins, a long-time member of the Kabalarian Society and resident of 1160 W. 10th Avenue, testified that "[i]t was . . . a code of ethics amongst ourselves that we didn't interfere with each other's privacy". In the mid-1970's, KWG moved out of the house "extremely quick[ly]". In direct examination on the *voir dire*, KWG clearly indicated that she thought the belongings she left behind, including her diary, "would be in [her mother's] care" and expected her mother "would give it back to [her]". When asked whether she wanted her diary returned to her, KWG adamantly responded, "Absolutely, every copy and everything else that was in that box."

certains commentaires. Au moment où KWG a fait certaines mentions dans son journal, sa sœur, sa mère et elle vivaient ensemble dans une pièce d'une maison sise au 1160, 10e avenue Ouest, à Vancouver, en compagnie de l'accusé et d'environ 12 autres personnes. Pour se ménager plus d'espace, sa mère a remisé les biens de la famille dans une pièce servant à cette fin au sous-sol de la maison. Chaque résident de la maison avait ses propres boîtes dans la partie de l'aire de remisage qui lui était assignée. Aucun résident ne partageait de boîtes ou d'espace de remisage avec un autre, et chacun savait où se trouvaient ses effets. De plus, Dorothy Rollins, qui était depuis longtemps membre de la « Kabalarian Society » et résidante du 1160, 10e avenue Ouest, a témoigné que, [TRADUCTION] « [c]onformément à [. . .] une règle d'éthique que nous respections entre nous, personne ne portait atteinte à la vie privée des autres ». Au milieu des années 70, KWG a quitté [TRADUCTION] « précipitamment » la maison. Durant l'interrogatoire lors du voir-dire, KWG a clairement indiqué qu'elle croyait que les effets qu'elle avait laissés, y compris son journal intime, [TRADUCTION] « seraient sous la garde de [sa mère] », et qu'elle s'attendait à ce que celle-ci les « [lui] remette ». Lorsqu'on lui a demandé si elle voulait que son journal intime lui soit remis, KWG a été catégorique : [TRADUCTION] « Absolument, toutes les copies et tout ce qu'il y avait d'autre dans cette boîte. »

Approximately two years after her mother had moved out of the house and 22 years after KWG had left, Dorothy Rollins discovered the diary while searching through the storage room for some of her own papers. She opened the box, even though she knew it was not in her area of the storage room, and found the diary. She knew the diary did not belong to her and observed that it was locked. Undeterred, Ms. Rollins unlocked the diary and saw that it had KWG's name printed in the front. At the time she discovered the diary, she knew the appellant was charged with the present offences and that KWG was one of the complainants. Although she could have left the diary where she found it or easily contacted KWG's mother to return it to her, Ms. Rollins instead gave it to Ronelda Chase, who was

158

Environ deux ans après le départ de sa mère de la maison et 22 ans après celui de KWG, Dorothy Rollins a découvert le journal intime dans l'aire de remisage pendant qu'elle cherchait des documents lui appartenant. Elle a ouvert la boîte — même si elle savait que celle-ci ne se trouvait pas dans l'espace d'entreposage lui étant réservé — et elle a trouvé le journal. Elle savait que ce journal ne lui appartenait pas et elle a constaté qu'il était verrouillé. Cela ne l'a toutefois pas arrêtée et elle a déverrouillé le journal intime et aperçu le nom de KWG inscrit en caractères d'imprimerie sur la page couverture. Lorsqu'elle a fait cette découverte, elle savait que l'appelant était accusé des infractions qui lui sont reprochées et que KWG était l'une des plaignantes. Bien qu'elle eût pu laisser le journal où elle l'avait

compiling information for the appellant's defence. Neither Ms. Chase nor the appellant ever sought to restore the property to KWG.

159 The question that the trial judge should have addressed, then, is whether KWG abandoned her property interest in the diary. I believe that she did not, and I would apply this Court's recent unanimous decision in *R. v. Law*, [2002] 1 S.C.R. 227, 2002 SCC 10, to resolve this matter. *Law*, *supra*, clearly provides that where an individual abandons or relinquishes her property, she effectively abandons her privacy interest in it. The logical corollary to this proposition must be that where an individual retains a privacy interest in her property, she cannot be deemed to have abandoned it. While a person can conceivably relinquish her privacy interests in the contents of her property — for example, by reciting every entry in one's diary to the general public — without also giving up the physical good, the law does not seem to allow for the reverse.

160 In addition, the onus of proving "abandonment" rests with the party alleging it and is a relatively significant burden, which is met only when there is "'a giving up, a total desertion, and absolute relinquishment' of private goods by the former owner. It may arise when the owner with the specific intent of desertion and relinquishment casts away or leaves behind his property": R. A. Brown, *The Law of Personal Property* (2nd ed. 1955), at p. 9. According to *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990), "abandonment" is the equivalent of "a virtual, intentional throwing away of property". Reference to these principles indicates that KWG did not abandon the diary. Given that a property interest necessarily encompasses the privacy interest that my colleague agrees KWG still possesses, the appellant's argument that he did not illegally possess

trouvé ou facilement communiquer avec la mère de KWG pour le lui remettre, M^me^ Rollins l'a plutôt donné à Ronelda Chase, qui rassemblait de l'information pour la défense de l'appelant. Ni madame Chase ni l'appelant n'ont à quelque moment que ce soit cherché à remettre le document en question à KWG.

La question qu'aurait en conséquence dû se poser le juge du procès est de savoir si KWG avait abandonné son droit de propriété sur le journal intime. J'estime qu'elle ne l'a pas fait et, pour résoudre cette question, j'appliquerais la décision unanime rendue récemment par notre Cour dans l'affaire *R. c. Law*, [2002] 1 R.C.S. 227, 2002 CSC 10. Cet arrêt établit clairement que lorsqu'une personne abandonne un bien ou y renonce, elle abandonne effectivement son droit au respect de sa vie privée relativement à ce bien. Le corollaire logique de ce principe est nécessairement que la personne qui conserve un tel droit sur un bien ne peut être présumée avoir abandonné ce bien. Bien qu'il soit possible d'imaginer qu'une personne puisse renoncer à son droit à la vie privée en ce qui concerne le contenu d'un bien — par exemple en révélant au grand public chacune des inscriptions figurant dans son journal intime — sans pour autant se départir également de l'objet lui-même, le droit ne semble pas autoriser l'inverse.

En outre, la charge de prouver l'« abandon » incombe à la partie qui plaide ce moyen, et il s'agit d'un fardeau relativement lourd, dont la partie ne peut s'acquitter que s'il y a [TRADUCTION] « abandon, délaissement total et renonciation absolue touchant des biens personnels par leur ancien propriétaire. Cela peut se produire lorsque le propriétaire d'un bien s'en défait ou le laisse dans l'intention précise de le délaisser et d'y renoncer » : R. A. Brown, *The Law of Personal Property* (2^e^ éd. 1955), p. 9. Selon le *Black's Law Dictionary* (6^e^ éd. 1990), le terme « *abandonment* » (« abandon ») s'entend du [TRADUCTION] « fait de se départir d'un bien de manière effective et intentionnelle ». Il ressort de ces principes que KWG n'a pas abandonné son journal intime. Puisque le droit de propriété englobe nécessairement le droit à la vie privée et que, comme en convient mon

the diary because the complainant had abandoned it is without merit.

collègue, KWG possède toujours ce droit, l'argument de l'appelant selon lequel il n'était pas illégalement en possession du journal parce que la plaignante l'avait abandonné est dénué de tout fondement.

In my view, the trial judge should have ordered the diary, as well as every copy that was made of it, returned to its rightful owner and required the appellant to seek production of it through the proper statutory scheme, namely, ss. 278.1 to 278.9 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, just as any other accused person in his position would have had to.

161 À mon avis, le juge du procès aurait dû ordonner que le journal et toutes les copies qui en ont été tirées soient remis à leur propriétaire légitime et il aurait dû contraindre l'appelant à en solliciter la production suivant les dispositions législatives applicables, à savoir les art. 278.1 à 278.9 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, comme aurait eu à le faire tout autre accusé dans sa situation.

I am aware that some of the unique concerns posed at the production stage of such documents and informing Parliament's decision to enact ss. 278.1 to 278.9 of the *Code* may no longer be present where the accused has already examined the contents of the private record he seeks to have produced. I am not, however, persuaded that this is an adequate reason to allow accused persons who manage to circumvent the statutory scheme through unlawful or wrongful means potentially to benefit from their disreputable behaviour. Such a result would not only frustrate the purpose of the legislation, but the constitutional rights of sexual assault victims as well: "A complainant's many rights in her diary are not . . . abandoned only because such rights have been previously violated" (intervener Women's Legal Education Action Fund's factum, at para. 15).

162 Je suis consciente du fait qu'il est possible que certaines des considérations spéciales applicables à l'étape de la production de tels documents et qui sont à la base de la décision du législateur d'édicter les art. 278.1 à 278.9 du *Code* ne soient plus présentes lorsque l'accusé a déjà examiné le contenu des documents privés dont il sollicite la production. Je ne suis toutefois pas convaincue qu'il s'agisse d'une raison suffisante pour permettre aux accusés qui parviennent à contourner la loi par des moyens illégaux ou illégitimes de bénéficier de leur comportement répréhensible. Un tel résultat ferait échec non seulement à l'objectif des dispositions législatives, mais aussi aux droits constitutionnels des victimes d'agression sexuelle : [TRADUCTION] « Les nombreux droits que possède une plaignante sur son journal n'ont pas été [. . .] abandonnés du seul fait qu'ils ont précédemment été violés » (mémoire de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, par. 15).

Like my colleague, however, I do not think it is necessary to dwell on the property ownership debate. Even if we assume, in the appellant's favour, that the diary came into his hands in a manner consistent with the statutory scheme, I believe both the trial judge and the Court of Appeal were nonetheless correct to prohibit the proposed line of cross-examination on the diary.

163 À l'instar de mon collègue, cependant, je ne crois pas nécessaire de m'attarder sur le débat touchant le droit de propriété. Même dans l'hypothèse favorable à l'appelant, soit celle où il serait entré en possession du journal intime conformément au régime prévu par la loi, j'estime que tant le juge du procès que la Cour d'appel ont eu raison de lui interdire de procéder au contre-interrogatoire qu'il se proposait de faire relativement au journal.

II. The Proper Limits of Cross-examination

164 The test for admissibility of defence evidence is whether the prejudicial effect of that evidence substantially outweighs its probative value: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595. In weighing prejudicial and probative value, the trial judge must consider not only the accused's right to full answer and defence, but also the importance of the complainant's and other witnesses' privacy and equality rights, as outlined in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, and *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. The majority decision in *Osolin*, *supra*, clearly held that, similar to *O'Connor*, *supra*, and *Mills*, *supra*, the privacy and equality rights of the complainant as protected by the *Charter* should inform the trial judge's decision on whether to restrict the defence's cross-examination.

165 On this point, I disagree with my colleague that "the nature and scope of KWG's diary did not raise privacy or other concerns of such importance as to 'substantially outweigh' the appellant's fair trial right to cross-examine on the [absence of entries in the diary] . . . to test the accuracy and completeness of KWG's recollection of events 27 years previously" (para. 150). Instead, I believe that such cross-examination would introduce a high potential of prejudice. That possibility substantially outweighs the minimal probative value of questions concerning the absence of entries in the complainant's diary.

A. *Prejudicial Effect*

166 As *Osolin*, *supra*, provides, we must consider the complainant's privacy and equality rights in assessing the potential prejudice posed by a line of questioning on cross-examination. KWG's privacy rights are clear: there is no question that the diary is a record over which KWG had a reasonable and

II. Les limites appropriées du contre-interrogatoire

Le test concernant l'admissibilité de la preuve de la défense est de savoir si l'effet préjudiciable de cette preuve l'emporte sensiblement sur sa valeur probante : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595. Lorsqu'il soupèse l'effet préjudiciable et la valeur probante, le juge du procès doit prendre en considération non seulement le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, mais également l'importance des droits du plaignant et des autres témoins à l'égalité et au respect de leur vie privée, tels qu'ils ont été énoncés dans les arrêts *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, et *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, la majorité a clairement conclu que, tout comme dans les arrêts *O'Connor* et *Mills*, précités, les droits à l'égalité et à la vie privée garantis au plaignant par la *Charte* doivent être tenus en ligne de compte par le juge du procès dans sa décision sur la question de savoir s'il convient de limiter le contre-interrogatoire mené par la défense.

Sur ce point, je ne partage pas l'opinion de mon collègue selon laquelle « la nature et le contenu du journal intime de KWG ne soulevaient pas de préoccupations relatives à la vie privée ou préoccupations de quelque autre ordre qui fussent importantes au point de "l'emporter sensiblement" sur le droit de l'appelant à un procès équitable, lequel droit l'autorisait à contre-interroger KWG sur [l'absence d'inscriptions dans le journal] [. . .] pour vérifier si cette dernière avait un souvenir fidèle et complet d'événements survenus 27 ans auparavant » (par. 150). J'estime plutôt qu'un tel interrogatoire créerait un risque élevé de préjudice. Ce risque l'emporterait sensiblement sur la valeur probante minime des questions concernant l'absence de ces mentions dans le journal intime de la plaignante.

A. *L'effet préjudiciable*

Comme le précise l'arrêt *Osolin*, précité, il faut tenir compte des droits relatifs à la vie privée et à l'égalité dans l'appréciation du préjudice susceptible de découler du contre-interrogatoire proposé. Le droit de KWG au respect de sa vie privée est évident : il ne fait aucun doute que son journal intime

continuing expectation of privacy and my colleague does not disagree: "The trial judge found that KWG had never waived or abandoned her *privacy* interest in the diary and I agree with him" (para. 87 (emphasis in original)). Significantly, the diary included "information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual": *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at p. 293. It was at least a partial record of KWG's life during that period of time and represented her particular outlet for personal self-expression.

Notwithstanding these privacy interests that we both accept, Binnie J. finds that the appellant should be allowed to cross-examine on the absence of mention of abuse in the diary, in part, because the entries are "mundane". But whether or not her diary entries were "mundane" does not lessen her privacy interest in the diary. It can hardly be doubted that a teenager's personal diary is high on the spectrum of records in which one has a privacy interest; "[d]iaries serve as private enclaves in our society. Teenagers buy diaries equipped with lock and key": J. B. LaVacca, "Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes" (1988), 19 *Rutgers L.J.* 389, at pp. 389-90. And, as KWG herself appropriately noted, "It was a diary. Diaries are supposed to be private." Hence, the fact that KWG specifically chose to record her thoughts and recollection of daily events in a private, locked diary, rather than, for instance, on a calendar on her bulletin board, post-it notes on the refrigerator, or even her school notebook, suggests to me that she had a high expectation of privacy in what she wrote, regardless of its content. Counsel for the complainant persuasively observed at trial that "the issue surely with respect to privacy is the respect these courts are prepared to pay to the individual's ability to write down whatever he or she may choose to write down in one's personal diary. That's the privacy interest at stake, it's not what is written down." She went on to draw a powerful analogy between the diary and private therapy records: "So for example, what if in therapy one didn't talk so much about one's feelings but about one's taste in shopping? It would not, in my submission, detract

est un document à l'égard duquel KWG possédait une attente raisonnable et durable en matière de respect de sa vie privée et mon collègue n'est pas en désaccord avec ce point : « Le juge du procès a conclu que KWG n'avait jamais renoncé à son droit à la *vie privée* à l'égard du journal intime, et je suis d'accord avec lui » (par. 87 (en italique dans l'original)). Fait important, le journal comportait des « renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu » : *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, p. 293. Il constituait à tout le moins un récit partiel de la vie de KWG durant cette période et avait servi d'exutoire à son besoin d'expression personnelle.

167

Malgré ces droits relatifs à la vie privée, dont nous reconnaissons tous deux l'existence, le juge Binnie conclut que l'appelant devrait être autorisé à contre-interroger la plaignante sur l'absence de mention d'abus dans son journal intime, en partie parce que les inscriptions y figurant sont « banales ». Toutefois, que ces inscriptions soient « banales » ou non, ce facteur n'a pas pour effet de réduire le droit de la plaignante au respect de sa vie privée relativement à ce journal. On peut difficilement contester que le journal personnel d'un adolescent ou d'une adolescente fait partie des documents à l'égard desquels le droit à la vie privée est le plus élevé; [TRADUCTION] « [l]es journaux intimes servent de refuges privés dans notre société. Les adolescents achètent des journaux personnels munis d'une serrure et d'une clé » : J. B. LaVacca, « Protecting the Contents of a Personal Diary from Unwanted Eyes » (1988), 19 *Rutgers L.J.* 389, p. 389-390. Et, comme l'a souligné à juste titre KWG elle-même, [TRADUCTION] « [i]l s'agissait d'un journal intime. Les journaux intimes sont censés être privés. » Par conséquent, le fait que KWG ait expressément décidé d'inscrire ses pensées et ses souvenirs d'événements quotidiens dans un journal privé muni d'une serrure, plutôt que, par exemple, sur un calendrier figurant sur son babillard, sur des autocollants fixés sur le réfrigérateur ou même dans son cahier de notes, tend selon moi à indiquer qu'elle avait des attentes élevées quant au respect du caractère privé de ce qu'elle écrivait, indépendamment de la teneur de ces écrits. Au procès, l'avocate de la plaignante a souligné de façon convaincante que [TRADUCTION]

from the reasonable expectation of privacy to be able to establish that the content of the conversation was X rather than Y."

« la question, sûrement en ce qui concerne la vie privée, porte sur le respect que les tribunaux sont disposés à reconnaître à la capacité de l'individu d'écrire ce qu'il veut dans son journal personnel. C'est cet aspect du droit à la vie privée qui est en jeu, et non ce qui est écrit. » Elle a ensuite fait une analogie persuasive entre les journaux intimes et les dossiers privés des thérapeutes : [TRADUCTION] « Ainsi, par exemple, qu'en serait-il si, au cours d'une thérapie, une personne ne parlait pas tant de ses sentiments, mais plutôt de ses goûts en matière de magasinage? Selon moi, le fait qu'on soit capable d'établir que la conversation portait sur une chose plutôt que sur une autre ne réduirait pas l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. »

168 Similarly, in *Law*, *supra*, this Court did not examine the contents of the private documents to evaluate the owner's privacy interest. In that case, thieves stole a safe containing commercial documents from two restaurant owners. The police recovered the safe, but before it was returned to the owners, an officer who suspected the owners of tax violations photocopied some of the documents inside and eventually forwarded the photocopies to Revenue Canada. According to Bastarache J., writing for the Court, the owners' reasonable expectation of privacy in their documents derived not from their contents, but from the fact that they chose to keep the documents confidential by locking them in a safe. In its reasoning, the Court, at para. 16, noted that informational privacy "derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain . . . as he sees fit" (emphasis added).

De même, dans l'arrêt *Law*, précité, notre Cour n'a pas examiné la teneur des documents personnels pour évaluer le droit de leur propriétaire au respect de sa vie privée. Dans cette affaire, des voleurs avaient dérobé à deux propriétaires de restaurant un coffre-fort contenant des documents commerciaux. La police a récupéré le coffre-fort mais, avant de le retourner à ses propriétaires, un agent qui soupçonnait les restaurateurs d'infractions fiscales a photocopié certains des documents se trouvant dans le coffre et a transmis les photocopies à Revenu Canada. D'après le juge Bastarache, au nom de la Cour, l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée des propriétaires à l'égard de ces documents ne découlait pas de leur teneur, mais du fait qu'ils avaient décidé d'en préserver la confidentialité en les mettant sous clé. Dans ses motifs, notre Cour a souligné, au par. 16, que la vie privée sur le plan de l'information « découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend » (je souligne).

169 I also believe that the complainant's privacy rights place constraints on cross-examination where that questioning, as here, would result in wide-ranging cross-examination of the diary, thus revealing much of its contents. As the trial judge properly concluded: "The privacy interest in an examination or cross-examination of [this] sort is considerable, because it can be expected to touch upon a number of the diary entries in order to demonstrate that, on

J'estime également que les droits du plaignant au respect de sa vie privée limitent le contre-interrogatoire qui peut être fait dans les cas où, comme en l'espèce, celui-ci pourrait se traduire par un interrogatoire extensif sur le journal intime qui aurait pour effet de révéler en grande partie le contenu du journal. Comme a, à juste titre, conclu le juge du procès : [TRADUCTION] « L'aspect du droit à la vie privée que soulève un interrogatoire ou

occasions when an entry might have been made concerning Mr. Shearing, none was made." Therefore, the prejudice to the complainant is increased by virtue of broad exposure of the contents of her personal diary. Certain entries had already been opened up for cross-examination on other specific points. To expose extensively her personal musings through the line of questioning proposed by the defence is to aggravate the violation of her privacy rights, not to mention the fact that "the process of proof and counterproof to establish the reliability of the evidence [would] entai[l] large amounts of time and may potentially sidetrack the trial of the case": *Osolin*, *supra*, at p. 621, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting.

contre-interrogatoire de [cette] sorte est considérable, puisqu'on peut s'attendre que celui-ci portera sur un certain nombre d'inscriptions dans le journal dans le but de démontrer que, à certaines occasions où une inscription aurait pu être faite à propos de M. Shearing, aucune n'a été faite. » Le préjudice causé à la plaignante est donc exacerbé par la divulgation de larges pans de son journal intime. On avait déjà permis la divulgation de certaines mentions au cours du contre-interrogatoire sur d'autres points particuliers. Le fait de dévoiler de façon aussi extensive les réflexions personnelles de la plaignante par le truchement du contre-interrogatoire que propose la défense aurait pour effet d'aggraver la violation des droits de KWG au respect de sa vie privée, sans compter le fait que « le mécanisme de la preuve et de la contre-preuve sur la question de la fiabilité demande[rait] un temps considérable et risque[rait] de faire dévier le procès » : *Osolin*, précité, p. 621, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente.

Privacy rights and equality rights of the complainant overlap to some extent in assessing the potential prejudice of the questioning and the concomitant limits that should be placed on the right to full answer and defence. As noted by Cory J. in *Osolin*, *supra*, at p. 669:

170 Les droits relatifs à la vie privée et les droits à l'égalité du plaignant se recoupent jusqu'à un certain point dans l'appréciation du préjudice susceptible d'être causé par l'interrogatoire et dans la détermination des limites dont devrait, en conséquence, être assorti le droit à une défense pleine et entière. Comme l'a souligné le juge Cory, dans l'arrêt *Osolin*, précité, p. 669 :

> Sexual assault is in the vast majority of cases gender based. . . .
>
> . . . The provisions of ss. 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative should be taken into account in determining the reasonable limitations that should be placed upon the cross-examination of a complainant. . . . A complainant should not be unduly harassed and pilloried to the extent of becoming a victim of an insensitive judicial system.

> Dans la grande majorité des cas, l'agression sexuelle est fondée sur le sexe de la victime . . .
>
> . . . Même si elles ne sont pas déterminantes, les dispositions des art. 15 et 28 de la *Charte* qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes devraient être prises en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant. [. . .] Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d'un système judiciaire insensible.

Thus, this Court must be sensitive both to the equality concerns present in this case, and to the policy of encouraging victims to report sexual assaults, without fear of a wide-ranging and in-depth inquiry of every detail of their private lives.

Par conséquent, notre Cour doit être sensible à la fois aux préoccupations relatives à l'égalité qui existent en l'espèce et à la politique qui consiste à encourager les victimes à signaler les agressions sexuelles, sans qu'elles aient à craindre qu'on examine à la loupe le moindre détail de leur vie privée.

My colleague and I agree that the trial judge correctly rejected "the overly aggressive posture put

171 Mon collègue et moi sommes d'accord que le juge du procès a eu raison de rejeter « l'attitude trop

forward on behalf of the appellant" (para. 134), namely, that "he should have a wide-ranging ability to use the diary in pretty much any way that he sees fit" (para. 137). But we disagree as to whether the trial judge's justified rejection of this position resolved the matter. According to Binnie J., relying on the majority's reasons in *Osolin*, *supra*, "the trial judge . . . was also required to assess for himself the legitimate entitlement of the accused" (para. 140) to cross-examine and should have allowed questioning on the absence of reference to the sexual assaults using "a few representative entries" (para. 142). I joined McLachlin J. (as she then was) in expressly dissenting on this point in that case. At p. 643, McLachlin J. (also joined by La Forest and Gonthier JJ.) explained:

> [T]o place a duty on a trial judge to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored is inconsistent with the nature of our trial process and would confuse and complicate the prosecution of criminal offences unduly. Our criminal trial system is essentially adversarial. The Crown puts forward evidence directed to showing that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. The accused points out weaknesses in the Crown's case and sometimes offers contrary evidence. The court, comprised of judge and jury, sits as neutral arbiter, charged with deciding, whether, at the close of all the evidence, the Crown has proven the accused guilty beyond a reasonable doubt.

I continue to adhere to this view, and I believe the defence's rejection of a more tailored approach to cross-examination on the absence of recording of abuse in the diary here, like the defence's failure to raise a valid reason for the cross-examination in *Osolin*, *supra*, was fatal.

172 Proper consideration of the complainant's equality rights also requires an appreciation of myths and stereotypes in the context of sexual violence: see *Mills*, *supra*; *O'Connor*, *supra*; *Osolin*, *supra*; *Seaboyer*, *supra*. Allowing questioning on the

agressive manifestée par le représentant de l'appelant » (par. 134), à savoir qu'« il devrait disposer de la latitude voulue pour utiliser le journal intime à peu près comme bon lui semble » (par. 137). Par contre, nous divergeons d'opinion sur la question de savoir si le rejet, par ailleurs justifié, de cette position par le juge du procès a tranché le débat. S'appuyant sur les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Osolin*, précité, le juge Binnie affirme que « le juge du procès [. . .] devait également déterminer le droit que l'accusé pouvait légitimement invoquer » (par. 140) en matière de contre-interrogatoire et il aurait dû lui permettre de poser des questions sur l'absence de mention des abus sexuels à partir de « quelques inscriptions représentatives » (par. 142). À l'instar du juge McLachlin (maintenant Juge en chef), j'ai exprimé ma dissidence sur ce point dans l'affaire *Osolin*. À la page 643, le juge McLachlin (également appuyée par les juges La Forest et Gonthier) s'est exprimée ainsi :

> [I]mposer au juge du procès l'obligation de voir à ce que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées est incompatible avec la nature même du processus judiciaire et ne ferait qu'embrouiller et compliquer indûment la poursuite des infractions criminelles. Notre système pénal est de type essentiellement contradictoire. Le ministère public présente des éléments de preuve visant à établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable. L'accusé fait ressortir les faiblesses de la preuve du ministère public et présente parfois une contre-preuve. Le tribunal, composé d'un juge et d'un jury, siège à titre d'arbitre neutre chargé de décider si, après présentation de tous les éléments de preuve, le ministère public a prouvé la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

Je suis toujours du même avis et j'estime que, tout comme le défaut par la défense dans l'arrêt *Osolin*, précité, de présenter un motif valable à l'appui du contre-interrogatoire, la décision par la défense de ne pas procéder à un contre-interrogatoire plus circonscrit sur l'absence de mention des sévices dans le journal en l'espèce est fatale.

Afin de tenir compte adéquatement des droits à l'égalité de la plaignante, il faut également se montrer sensible aux mythes et stéréotypes qui existent en matière de violence sexuelle : voir les arrêts *Mills*, *O'Connor*, *Osolin* et *Seaboyer*, précités.

absence of the mention of sexual assault in the diary would be to endorse the same discriminatory beliefs that underlie the "recent complaint" myth. As I explained in *Osolin*, *supra*, at p. 625, the recent complaint myth "suggest[s] that the presence of certain emotional reactions and immediate reporting of the assault, despite all of the barriers that might discourage such reports, lend credibility to the assault report, whereas the opposite reactions lead to the conclusion that the complainant must be fabricating the event". Similarly, questioning the complainant as to why certain reactions are not present in her diary or why she did not "report" the incidents by recording them in her diary, implies that the absence of such writings is support for the conclusion that she fabricated the events.

Autoriser la défense à poser des questions sur l'absence de mention d'agression sexuelle dans le journal intime de la plaignante reviendrait à souscrire aux mêmes croyances discriminatoires qui sont à la base du mythe de la « plainte immédiate ». Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *Osolin*, précité, p. 625, d'après ce mythe, « [l]a présence de certaines réactions émotives et le signalement immédiat de l'agression, malgré tous les facteurs dissuasifs à cet égard, ajouteraient à la crédibilité de la dénonciation, alors que des réactions opposées conduiraient à conclure que la plaignante a dû fabriquer l'incident ». De même, en voulant interroger la plaignante sur les raisons pour lesquelles on ne trouve aucune mention de certaines réactions dans son journal intime ou celles pour lesquelles elle n'a pas « signalé » les événements en les inscrivant dans son journal, on laisse entendre que l'absence de telles inscriptions étaye la conclusion qu'elle a inventé ces faits.

The rape myth of "recent complaint" has long been dismissed by this Court and, if used to draw a negative inference about the complainant's credibility, constitutes a reversible error: see *R. v. D.D.*, [2000] 2 S.C.R. 275, 2000 SCC 43, at para. 63. As this Court firmly explained in *Mills*, *supra*, at para. 90: "The accused is not permitted to 'whack the complainant' through the use of [such] stereotypes regarding victims of sexual assault." Oftentimes, merely posing a question that may be directed to myths and stereotypes in the sexual assault context is enough to distort the truth-seeking goal of the trial process because the prejudice derives from the innuendo imbedded in the question.

173 Le mythe de la « plainte immédiate » en matière de viol a été rejeté depuis longtemps par notre Cour et, s'il est utilisé pour amener une conclusion défavorable relativement à la crédibilité du plaignant, il constitue une erreur justifiant l'annulation du jugement porté en appel : voir *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275, 2000 CSC 43, par. 63. Comme l'a expliqué notre Cour en termes bien sentis dans l'arrêt *Mills*, précité, par. 90 : « Il n'est pas permis à l'accusé "d'assommer le plaignant" au moyen de [tels] stéréotypes concernant les victimes d'agression sexuelle. » Bien souvent, le simple fait de poser une question susceptible d'évoquer des mythes et des stéréotypes dans un contexte d'agression sexuelle suffit pour faire dérailler l'objectif de recherche de la vérité du processus judiciaire, car le préjudice découle du sous-entendu que comporte la question.

B. *Probative Value*

Equality rights and the problem of the "recent complaint" myth are also relevant in determining the probative value of the evidence to be gained from the proposed line of questioning. An analysis of the probative value of the proposed line of questioning, keeping equality rights in mind, indicates that cross-examination on this point would

B. *La valeur probante*

174 Les droits à l'égalité et le problème du mythe de la « plainte immédiate » sont également pertinents dans la détermination de la valeur probante de la preuve qu'on tirerait des questions proposées. L'analyse de cette valeur probante, à la lumière de ces droits, indique que le contre-interrogatoire sur ce point n'apporterait rien de probant parce que,

not be probative because, as the respondent correctly observed, the assumption that "silence speaks volumes" is unfounded, and by itself cannot lead to the conclusion that no sexual assault occurred.

175 In addition, as McLachlin J. reasoned in *Osolin*, *supra*, at p. 641 (following on the approach she outlined in *Seaboyer*, *supra*), in order for the cross-examination to be relevant, "the accused must demonstrate that the cross-examination is directed at a 'legitimate purpose'". In the context of cross-examination directed at a complainant, it is *ipso facto* an improper purpose to cross-examine with the only goal being to discredit the complainant's character. Even the majority in *Osolin*, *supra*, at p. 671, held that "[c]ross-examination for the purposes of showing consent or impugning credibility which relies upon 'rape myths' . . . can fulfil no legitimate purpose and would therefore be inadmissible to go to consent or credibility. Cross-examination which has as its aim to elicit such evidence should not be permitted."

176 The only object of questioning the complainant in this case about the absence of entries in her diary is to imply that she is fabricating the events, thus relying on the same discriminatory beliefs that undergird the recent complaint myth. Thus, there is no legitimate purpose placed before the trier of fact.

177 I believe my colleague and I agree that, having eliminated as a basis for cross-examination reliance on the myth that a complainant who does not record her abuse in her personal diary lacks credibility, questions on the absence of mention of sexual assaults in the diary can have no probative value. Where we fail to agree is when the defence is required to demonstrate a valid reason for its proposed line of questioning and whether it was given the opportunity to do so in this case.

comme l'a fait remarquer avec justesse l'intimée, l'affirmation selon laquelle [TRADUCTION] « le silence est éloquent » est sans fondement et ne peut à elle seule fonder la conclusion qu'aucune agression sexuelle n'a eu lieu.

En outre, comme l'a expliqué le juge McLachlin dans l'arrêt *Osolin*, précité, p. 641 (appliquant l'approche qu'elle avait exposée dans l'arrêt *Seaboyer*, précité), pour que le contre-interrogatoire soit pertinent, « l'accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire vise une "fin légitime" ». Dans le cadre du contre-interrogatoire d'un plaignant, constitue *ipso facto* une fin illégitime le fait de contre-interroger ce dernier dans le seul but de le discréditer. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, p. 671, même les juges majoritaires ont conclu que « [l]e contre-interrogatoire qui se fonde sur des "mythes sur le viol" afin de démontrer qu'il y a eu consentement ou d'attaquer la crédibilité [. . .] ne répond à aucun objectif légitime, et [il] serait par conséquent inadmissible en ce qui a trait aux questions du consentement et de la crédibilité. Le contre-interrogatoire qui viserait à évoquer une telle preuve ne devrait pas être autorisé. »

En l'espèce, l'interrogatoire de la plaignante sur l'absence de ces mentions dans son journal intime a pour unique objet d'insinuer qu'elle invente les faits, et il s'appuie de ce fait sur les mêmes croyances discriminatoires que celles à la base du mythe de la plainte immédiate. Aucune fin légitime n'est en conséquence présentée au juge des faits.

Je crois que mon collègue et moi sommes d'accord que, au même titre que ne saurait justifier la tenue du contre-interrogatoire le mythe selon lequel une plaignante qui ne consigne pas dans son journal intime les abus dont elle est victime manque de crédibilité, des questions sur l'absence de mention relatives à des agressions sexuelles dans ce journal ne sauraient avoir quelque valeur probante que ce soit. Notre désaccord porte plutôt sur le moment où la défense doit justifier par une raison valable l'opportunité des questions qu'elle projette de poser et sur la question de savoir si elle a eu la possibilité de le faire dans la présente affaire.

According to Binnie J., "the absence of any entries relating to physical or sexual abuse . . . was potentially of probative value, depending on her responses", and KWG should have been called on to give these responses "before the jury" (para. 145 (emphasis added)). The majority in *Osolin*, *supra*, at p. 671, reasoned that where the purpose of the cross-examination may be directed to rape myths, the determination should take place in a *voir dire*, rather than in front of the jury:

> In each case the trial judge must carefully balance the fundamentally important right of the accused to a fair trial against the need for reasonable protection of a complainant, particularly where the purpose of the cross-examination may be directed to "rape myths". In order to assure the fairness of the trial, where contentious issues arise as to the cross-examination of the complainant a *voir dire* should be held. In the *voir dire* it will be necessary to show either by way of submissions of counsel, affidavit or *viva voce* evidence that the proposed cross-examination is appropriate.

McLachlin J. in *Osolin*, *supra*, again following her approach in *Seaboyer*, *supra*, unequivocally stated, at p. 640: "The rule is clear." She continued, at p. 641: "Before cross-examination can be allowed . . . the defence must demonstrate that the cross-examination possesses 'a degree of relevance which outweighs the damages and disadvantages presented by the admission of such evidence'" (emphasis added).

Here, the defence was given ample opportunity to demonstrate a rational basis for the proposed line of questioning on the absence of mention of the abuse in the diary on the *voir dire*, by way of cross-examination of the complainant and submissions to the court, and it failed to proffer such a basis. In cross-examination on the *voir dire*, the defence asked KWG a number of exploratory questions pertaining to the nature of the diary and the length of time she kept it. Rightly so, the defence was not permitted to engage in a "fishing expedition", even on the *voir dire*. Evidence must be tendered for a legitimate purpose and logically support a defence, and "[t]he trial judge's discretion must be exercised to ensure that neither the

178 Selon le juge Binnie, « l'absence de toute inscription faisant état de sévices physiques ou sexuels [. . .] pouvait avoir une certaine valeur probante, selon les réponses [de la plaignante] », et KWG aurait dû être appelée à donner ces réponses « devant le jury » (par. 145 (je souligne)). Dans l'arrêt *Osolin*, précité, p. 671, les juges majoritaires ont conclu que, lorsque la fin visée par le contre-interrogatoire est fondée sur des mythes sur le viol, la décision de permettre ou non sa tenue doit être prise dans le cadre d'un voir-dire, et non devant le jury :

> Dans chaque affaire, le juge du procès doit établir un équilibre délicat entre le droit fondamental de l'accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant, tout particulièrement lorsque la fin visée par le contre-interrogatoire est fondée sur des « mythes sur le viol ». Pour faire en sorte que le procès soit équitable, il y a lieu de procéder à un voir-dire lorsque des questions litigieuses sont soulevées relativement au contre-interrogatoire du plaignant. Au cours du voir-dire, il faudra démontrer, au moyen d'arguments des avocats, d'affidavits ou de témoignages de vive voix, que le contre-interrogatoire demandé est approprié.

Dans *Osolin*, précité, appliquant à nouveau la démarche qu'elle avait retenue dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, le juge McLachlin a déclaré de manière non équivoque, à la p. 641 : « La règle est claire. » Elle a poursuivi ainsi, à la même page : « [L]a défense doit établir que le contre-interrogatoire possède "un degré de pertinence qui l'emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l'admission de cette preuve" [. . .] [p]our être autorisée à contre-interroger » (je souligne).

179 En l'espèce, la défense a eu amplement la possibilité au cours du voir-dire — en contre-interrogeant la plaignante et dans sa plaidoirie — de démontrer l'existence d'un fondement rationnel justifiant les questions qu'elle projetait de poser sur l'absence de mention de ces abus dans son journal intime, mais elle n'a pas réussi à établir un tel fondement. Durant le contre-interrogatoire lors du voir-dire, la défense a posé à KWG un certain nombre de questions exploratoires touchant la nature de ce journal et la période pendant laquelle KWG l'avait tenu. À juste titre, on n'a pas autorisé la défense à se livrer à une « recherche à l'aveuglette », même en cours de voir-dire. Un élément de preuve doit être présenté

in camera procedure nor the trial become forums for demeaning and abusive conduct by defence counsel": *Seaboyer*, *supra*, at p. 634.

180 Moreover, in his submissions to the court, defence counsel asserted that examination on the absence of reference to the abuse was relevant to the complainant's credibility, without, however, articulating a valid reason why.

Submissions to the Trial Judge on the *Voir Dire* by Defence Counsel, Mr. Tammen

(Jury Out)

THE COURT: . . .

So where are we going with this diary? What are you trying to prove with it?

MR. TAMMEN: First of all, several things. I can set them out. First of all, that there's no comments in this diary that could be construed as being — reflecting negatively on the accused. There's references to him in it, but nothing negative. I mean, you've heard her evidence that she wishes to see him rot in hell, she hates him. That's not reflected in the diary. There's no references to any sexual acts in the diary.

. . .

THE COURT: So you say, first of all, that the diary overlapped in time with some of these alleged acts of sexual intercourse, and secondly, you say the diary has probative value because of the fact that she never confided in her diary any unhappiness or how the accused was treating her. . . .

MR. TAMMEN: Yes, that's part of —

pour une fin légitime et appuyer logiquement un moyen de défense, et « [l]e juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour garantir que ni les procédures à huis clos ni le procès ne deviennent le théâtre de conduite humiliante ou abusive de la part des avocats de la défense » : *Seaboyer*, précité, p. 634.

De plus, dans sa plaidoirie, l'avocat de la défense a affirmé que l'interrogatoire sur l'absence de mention d'abus était pertinent quant à la crédibilité de la plaignante, mais il n'a formulé aucune raison valable au soutien de cet argument.

Arguments présentés au juge du procès lors du voir-dire par l'avocat de la défense, M^e^ Tammen

[TRADUCTION]

(En l'absence du jury)

LA COUR : . . .

Bon, où allons-nous avec ce journal intime? Qu'est-ce que vous essayez de prouver avec ce document?

M^E^ TAMMEN : D'abord et avant tout, plusieurs choses. Je peux les exposer. Premièrement, il n'y a aucun commentaire dans ce journal qui puisse être interprété comme étant — présentant l'accusé sous un jour défavorable. On y parle de lui, mais jamais négativement. Je veux dire, vous avez entendu son témoignage selon lequel elle voudrait le voir pourrir en enfer, qu'elle le déteste. On ne retrouve pas cela dans le journal personnel. Ce journal ne fait état d'aucun acte sexuel.

. . .

LA COUR : Donc vous dites, tout d'abord, que le journal intime couvre une période où seraient survenues certaines des relations sexuelles et, deuxièmement, vous dites que le journal a une valeur probante en raison du fait qu'elle n'y a jamais inscrit qu'elle était malheureuse ni de quelle manière l'accusé la traitait . . .

M^E^ TAMMEN : Oui, c'est en partie ça —

THE COURT: I didn't put that very well, but is that essentially one argument you make?

MR. TAMMEN: Yes, it is, my lord. [Emphasis added.]

These deficiencies led the trial judge to find that the only basis for the evidence was reliance on the "recent complaint" myth:

Finally, Mr. Tammen wishes to conduct what might be described as a broad ranging cross-examination, using the diary to demonstrate that it contains no references to sexual assaults by the accused or sexual activity with the accused. In essence, he wants to go to the jury and argue that the witness has made no "complaint", if I may use that word, to her private, confidential diary about the sexual assaults that she now testifies to.

. . .

It can hardly be denied that, in a great number of instances of sexual assaults upon children, probably in most such instances, the complainant does not make any complaint at the time to adults, friends or those who are close to him or her. It should come as no surprise, then, to find that a child would not confide in her diary that an assault of that sort has occurred. Ms. Dickson [counsel for the complainant] argues strongly that there is no probative value in a lack of complaint in these circumstances, and that to allow cross-examination and argument on the issue is premised upon a discriminatory belief or bias. [Emphasis added.]

My colleague accounts for the defence's failures to show probative value in questioning by suggesting that the defence "overlooked (or perhaps resolutely resisted) the need to lay before the jury a rational basis for the inference it ultimately wished to draw, namely that the non-recording of a certain type of information was circumstantial evidence that the alleged abuse never happened" (para. 119). I disagree. Instead, I think the bottom line is that the defence simply did not have a rational basis for its proposed line of questioning. As Binnie J. agrees, KWG was under no legal duty to record the sexual assaults; she clearly did not follow a regular practice of making such entries because no entries of any kind of abuse were made; and all sides admit that the

LA COUR : Je ne l'ai pas très bien exprimé, mais est-ce qu'il s'agit essentiellement de votre argument?

M^E TAMMEN : Oui, c'est cela, monsieur le juge. [Je souligne.]

Ces vices ont amené le juge du procès à conclure que le seul fondement invoqué pour justifier la présentation de la preuve était le mythe de la « plainte immédiate » :

[TRADUCTION] Enfin, M^e Tammen désire mener ce qu'on pourrait qualifier de contre-interrogatoire général et utiliser le journal intime pour démontrer que celui-ci ne contient aucune mention d'agression sexuelle commise par l'accusé ni d'activité sexuelle avec l'accusé. Essentiellement, il veut se présenter devant le jury et prétendre que le témoin n'a fait état d'aucune « plainte », si je peux utiliser ce mot, dans son journal intime et confidentiel au sujet des agressions sexuelles à l'égard desquelles elle témoigne maintenant.

. . .

On peut difficilement nier que, dans de nombreux cas d'agressions sexuelles contre des enfants, probablement dans la plupart des cas, le plaignant ne se plaint pas à ce moment-là auprès d'adultes, d'amis ou de personnes qui lui sont proches. Personne ne devrait donc être surpris qu'une enfant ne consigne pas dans son journal intime qu'une telle agression a eu lieu. Madame Dickson [avocate de la plaignante] plaide énergiquement que l'absence de plainte dans ces circonstances n'a aucune valeur probante et que la décision de permettre qu'il y ait contre-interrogatoire et argumentation sur cette question serait fondée sur une croyance ou un préjugé discriminatoire. [Je souligne.]

181 Mon collègue explique le défaut de la défense de démontrer la valeur probante de l'interrogatoire en disant que la défense « a omis de prendre en compte (ou a peut-être résolument écarté) la nécessité de présenter au jury un fondement rationnel pour justifier l'inférence qu'elle souhaitait faire en définitive, à savoir que l'omission d'inscrire un certain type de renseignement constituait une preuve circonstancielle du fait que les sévices allégués n'avaient jamais été exercés » (par. 119). Je ne suis pas d'accord. J'estime plutôt que, essentiellement, la défense n'avait tout simplement pas de fondement rationnel à faire valoir au soutien des questions qu'elle projetait de poser. Comme le reconnaît le juge Binnie, KWG n'était pas légalement tenue de noter les

diary entries were "mundane". Similarly, the Court of Appeal, which reviewed the diary, concluded, at para. 86: "The style and content do not suggest that if abuse had occurred the complainant would have confided it to her diary."

agressions sexuelles; elle n'avait clairement pas pour pratique de faire régulièrement des inscriptions de cette nature, car aucune inscription faisant état de sévices d'un type ou d'un autre ne figurait dans le journal; de plus, toutes les parties admettent que les mentions dans son journal intime étaient « banales ». De même, la Cour d'appel a examiné le journal intime et conclu, au par. 86, que [TRADUCTION] « [l]e style et le contenu du journal intime ne tendent pas à indiquer que, si elle avait fait l'objet de sévices, la plaignante aurait noté ce fait dans son journal ».

182 Even if I were to accept my colleague's suggestion that defence counsel simply "overlooked (or perhaps resolutely resisted)" the need to assert a valid reason for its proposed cross-examination in his initial submissions, I would be hard pressed to believe that he repeated the same error in his reply, especially given that KWG's counsel had just finished arguing, at length, that the proposed questions essentially relied on the "recent complaint" myth. Furthermore, I do not think it is the duty of the trial judge to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored. In short, the trial judge gave the defence a full and fair opportunity to lay a rational foundation for the inference it wished to draw and correctly concluded that the probative value of the evidence was "minimal", if anything.

Même si je souscrivais à l'opinion de mon collègue que l'avocat de la défense a tout simplement « omis de prendre en compte (ou a peut-être résolument écarté) » la nécessité de présenter, dans ses observations initiales, une raison valable pour justifier le contre-interrogatoire projeté, j'aurais néanmoins de la difficulté à croire qu'il a répété la même erreur dans sa réplique, d'autant plus que l'avocate de KWG venait tout juste de plaider longuement que les questions projetées reposaient essentiellement sur le mythe de la « plainte immédiate ». Qui plus est, je ne crois pas que le juge du procès soit tenu de garantir que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées. En résumé, le juge du procès a donné à la défense la possibilité pleine et entière de justifier rationnellement l'inférence qu'elle entendait faire à partir de cette preuve et il a eu raison de conclure que la valeur probante de cette preuve était au mieux [TRADUCTION] « minime ».

183 As a coda to my observation that the probative value of the evidence was minimal for equality reasons, I would add that the right of the accused to make full answer and defence does not stand or fall based on whether the accused may engage in this particular line of cross-examination. I fail to see what the defence could possibly gain by questioning KWG on her diary keeping as a 14-year-old. If the defence asks the complainant why she did not mention the sexual assaults or the beatings in her diary, the only conceivable answers would be either a) "Those events didn't occur at all" (and it is far-fetched to believe that the complainant would recant in this manner given her prior statements in the case), or, the more probable answer,

En guise de coda à mon observation que, pour des raisons touchant au droit à l'égalité, la valeur probante de la preuve était minime, j'ajouterais que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ne saurait dépendre de la possibilité pour l'accusé de procéder au contre-interrogatoire envisagé. Je ne vois pas ce que la défense pourrait gagner en interrogeant KWG sur le journal intime qu'elle tenait lorsqu'elle avait 14 ans. Si la défense demande à la plaignante pourquoi elle n'a fait état ni des coups reçus ni des abus sexuels dans son journal intime, les seules réponses possibles seraient soit a) « Ces événements ne se sont pas produits du tout » (et il est difficile d'imaginer que la plaignante se rétracterait de cette manière, compte tenu de ses

b) "I felt uncomfortable writing about these traumatic occurrences, and I did not intend my diary to constitute a complete record of my life in any event". The more probable answer is unhelpful to the defence, unless of course the defence wishes to imply that because the complainant did not write of the assaults, the complainant is fabricating the story. This is an improper purpose of questioning, as has already been discussed. The cross-examination in any event also seems unnecessary to the appellant's defence that the events did not occur at all, since, if the defence wishes to challenge the complainant's version, it has the benefit of having the complainant there to directly question her memory of the assaults and her life during that period of time.

III. Conclusion

In summary, an application of the *Seaboyer/Osolin*, *supra*, test that cross-examination should be restricted if the prejudicial impact substantially outweighs the probative value, reveals that the trial judge and Court of Appeal in this case were correct to prohibit the particular line of questioning proposed by the defence. In applying this test, we must consider the accused's right to full answer and defence and the complainant's privacy and equality rights. In the case at bar, the prejudicial effect is very high, while the probative value is, at best, minimal. The diary is an intimate record of the complainant's life during that period of time and the proposed line of cross-examination would necessarily open up much of the diary's contents to scrutiny.

Besides constituting a wide-ranging violation of the complainant's privacy rights, the proposed cross-examination also has potential equality implications, as victims would naturally be loath to report sexual assaults if they feared that their entire private lives would be intensely scrutinized at trial. Given that a diary is an individualistic exercise, questioning a complainant on the failure to record a sexual

déclarations antérieures en l'espèce), soit, plus vraisemblablement, b) « Je me sentais mal à l'aise d'écrire sur ces événements traumatisants et, de toute manière, je n'entendais pas que mon journal intime soit le récit complet de ma vie ». La réponse la plus vraisemblable n'est d'aucune utilité pour la défense, à moins bien sûr qu'elle ne désire laisser entendre que, étant donné que la plaignante n'a rien écrit au sujet des sévices, elle invente toute cette histoire. Il s'agirait là d'un interrogatoire mené pour une fin illégitime, tel que je l'ai mentionné plus tôt. Quoi qu'il en soit, le contre-interrogatoire semble également inutile à l'égard du moyen de défense de l'appelant selon lequel les événements ne se seraient pas produits, car si la défense désire contester la version de la plaignante, elle a l'avantage de pouvoir l'interroger directement sur son souvenir de ces abus et sur sa vie pendant cette période.

III. Conclusion

184 En résumé, il ressort de l'application du test établi dans les arrêts *Seaboyer* et *Osolin*, précités, selon lequel le contre-interrogatoire doit être restreint si l'effet préjudiciable l'emporte sensiblement sur la valeur probante, que le juge du procès et la Cour d'appel ont eu raison en l'espèce d'interdire l'interrogatoire auquel la défense se proposait de procéder. Dans l'application de ce critère, il faut prendre en considération le droit de l'accusé à une défense pleine et entière ainsi que les droits de la plaignante à l'égalité et au respect de sa vie privée. Dans la présente affaire, l'effet préjudiciable est très élevé alors que la valeur probante de l'élément de preuve est, au mieux, minime. Le journal est un compte rendu intime de la vie de la plaignante pendant cette période et les questions projetées exposeraient nécessairement une grande partie du contenu du journal à un examen approfondi.

185 En plus de constituer une atteinte considérable aux droits de la plaignante au respect de sa vie privée, le contre-interrogatoire projeté risque également d'avoir des répercussions du point de vue des droits à l'égalité, car les victimes seraient naturellement réticentes à signaler des agressions sexuelles si elles craignaient que l'ensemble de leur vie privée soit scruté à la loupe au procès. La tenue

assault is akin to questioning a complainant as to why she failed to raise a "hue and cry" immediately after the assault. As the proposed line of questioning is animated by a discriminatory belief, the prejudice is high and the potential probative value is very low, if anything. In addition, the defence has the benefit of getting evidence by directly cross-examining the complainant on her version of events, and thus does not require the additional evidence that would result from questioning the complainant on why she did not write about the assaults. Therefore, the evidence is neither relevant nor necessary for the accused to exercise his right to full answer and defence. A review of all of these factors strongly indicates that the trial judge and Court of Appeal were correct to prohibit the proposed line of cross-examination on the diary, as the potential prejudice substantially outweighs the probative value of such an exercise.

d'un journal intime étant une activité individuelle, l'interrogatoire d'une plaignante sur l'omission de faire état d'une agression sexuelle dans un tel journal équivaut à la questionner sur les raisons pour lesquelles elle n'a pas « crié haro » immédiatement après l'agression. Comme les questions projetées sont animées par une croyance discriminatoire, le préjudice est élevé et la valeur probante potentielle de l'élément de preuve est, au mieux, très faible. En outre, la défense a l'avantage de pouvoir recueillir des éléments de preuve en contre-interrogeant directement la plaignante sur sa version des faits et elle n'a en conséquence pas besoin de la preuve additionnelle qui découlerait de l'interrogatoire de cette dernière sur les raisons pour lesquelles elle n'a rien consigné par écrit au sujet des sévices. Par conséquent, la preuve n'est ni pertinente ni nécessaire pour que l'accusé puisse exercer son droit à une défense pleine et entière. L'examen de l'ensemble de ces facteurs est un indice sérieux que le juge du procès et la Cour d'appel ont eu raison d'interdire le contre-interrogatoire projeté à l'égard de ce journal intime, le préjudice potentiel d'une telle mesure l'emportant sensiblement sur sa valeur probante.

186 I would consequently dismiss the appeal.

En conséquence, je rejetterais l'appel.

Appeal allowed in part, L'HEUREUX-DUBÉ *and* GONTHIER JJ. *dissenting in part.*

Pourvoi accueilli en partie, les juges L'HEUREUX-DUBÉ *et* GONTHIER *sont dissidents en partie.*

Solicitors for the appellant: Peck and Company, Vancouver.

Procureurs de l'appelant : Peck and Company, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitors for the intervener Women's Legal Education and Action Fund: Sheilah Martin, Calgary; Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes : Sheilah Martin, Calgary; Chivers Greckol & Kanee, Edmonton.

Solicitors for the intervener Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.