

**Steven Seaboyer** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

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

and between

**Nigel Gayme** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

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

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

File Nos.: 20666, 20835.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

**Steven Seaboyer** *Appellant*

c.

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

et

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

et entre

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

c.

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

et

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

RÉPERTORIÉ: R. C. SEABOYER; R. C. GAYME

Nos du greffe: 20666, 20835.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

The following principles apply:

1. On a trial for a sexual offence, evidence that the complainant has engaged in consensual sexual conduct on other occasions (including past sexual conduct with the accused) is not admissible solely to support the inference that the complainant is by reason of such conduct (a) more likely to have consented to the sexual conduct at issue in the trial; or (b) less worthy of belief as a witness.
2. Evidence of consensual sexual conduct on the part of the complainant may be admissible for purposes other than an inference relating to the consent or credibility of the complainant where it possesses probative value on an issue in the trial and where that probative value is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice flowing from the evidence.
3. Before evidence of consensual sexual conduct on the part of a victim is received, it must be established on a *voir dire* (which may be held *in camera*) by affidavit or the testimony of the accused or third parties that the proposed use of the evidence of other sexual conduct is legitimate.
4. Where evidence that the complainant has engaged in sexual conduct on other occasions is admitted on a jury trial, the judge should warn the jury against inferring from the evidence of the conduct itself, either that the complainant might have consented to the act alleged, or that the complainant is less worthy of credit.

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

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

Les principes suivants s'appliquent:

1. Dans un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, la preuve que, à d'autres occasions, le plaignant a consenti à des rapports sexuels (y compris des rapports sexuels antérieurs avec l'accusé) n'est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer l'inférence que le plaignant est de ce fait: a) plus susceptible d'avoir consenti aux actes sexuels à l'origine du procès; b) moins digne de foi comme témoin.
2. La preuve d'un consentement du plaignant à des rapports sexuels peut être admissible à des fins autres qu'une inférence relative au consentement ou à la crédibilité du plaignant si elle possède une valeur probante à l'égard d'un point en litige et si le danger d'effet préjudiciable de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.
3. Avant d'admettre une preuve de consentement de la victime à des rapports sexuels, il faut établir par la tenue d'un *voir-dire* (qui peut avoir lieu à huis clos) sur affidavits ou témoignages de l'accusé ou de tiers, que l'utilisation projetée de la preuve d'un autre comportement sexuel est une utilisation valide.
4. Lorsque la preuve que le plaignant a eu des rapports sexuels à d'autres occasions est admise au cours d'un procès devant jury, le juge doit mettre le jury en garde contre la déduction de la preuve de ces rapports sexuels que le plaignant a pu consentir à l'acte allégué ou qu'il est moins digne de foi.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

plicable and putting an accused charged with sexual assault in a separate and worse position than persons charged with other serious crimes, the provision ensures that the ordinary rules of evidence are applied. Parliament has excluded no evidence that is not properly excluded both at common law and under the *Charter*.

Sections 7 and 11(d) of the *Charter* protect not only the accused but other interests as well. The exact nature of the other interests involved depends upon the nature and aspect of the right considered. The complainant, and indeed the community at large, have an interest in the reporting and prosecution of sexual offences. They also have a legitimate interest in ensuring that trials of such matters are conducted in a fashion that does not subordinate the fact-finding process to myth and stereotype. However, a discussion of the community or group interests involved is not strictly necessary as the competing interest in this case, that of ensuring that trials and thus verdicts are based on fact and not on stereotype and myth, is not one belonging solely to any group or community but rather is an interest which adheres to the system itself; it maintains the integrity and legitimacy of the trial process. This interest is so closely intertwined with the interests of complainants and of the community that the distinction may be unimportant in reality.

The recognition of the accused's unfettered right to adduce all relevant evidence seriously misconstrues the phrase "principles of fundamental justice". Clearly, these principles have developed with an eye to values and interests beyond those of the accused, and thus such values and interests are pertinent in constitutional inquiries. The argument that an accused is prevented from adducing all relevant evidence going to innocence has little weight in this inquiry and must give way to other considerations. Sexual history evidence excluded by the provision is either irrelevant or so prejudicial that its minimal probative value is overwhelmed by its distorting effect on the trial process. It operates as a catalyst for the invocation of stereotype about women and about rape.

The *Code* provision, even if found to be unconstitutional in its effect, is justified under s. 1 of the *Charter*.

que de rendre inapplicables les règles de preuve ordinaires et de mettre la personne inculpée d'une agression sexuelle dans une situation distincte et pire que celle d'une personne accusée d'autres crimes graves, l'article vise à assurer l'application des règles de preuve ordinaires. Le législateur n'a écarté aucune preuve qui ne l'avait pas déjà été à juste titre par la common law et la *Charte*.

L'article 7 et l'al. 11d) protègent non seulement l'intérêt de l'accusé mais aussi d'autres intérêts. La nature exacte des autres intérêts concernés dépend de la nature et de l'aspect du droit visé. Les plaignantes, d'ailleurs l'ensemble de la collectivité, ont un intérêt dans le dépôt des plaintes et dans la poursuite des infractions d'ordre sexuel. Elles ont également un intérêt légitime à ce que les procès dans ce domaine se déroulent d'une façon qui ne subordonne pas l'appréciation des faits à des mythes et à des stéréotypes. Toutefois, il n'est pas strictement nécessaire de procéder à un examen des intérêts ici en jeu de la collectivité ou de groupes puisqu'il est clair que l'intérêt opposé dans cette affaire, soit garantir que les procès et donc les verdicts soient fondés sur des faits et non sur des stéréotypes et des mythes, n'appartient pas seulement à un groupe ou à une collectivité, mais qu'il constitue un intérêt inhérent au système; il maintient l'intégrité et la légitimité du déroulement des procès. Cet intérêt se rapproche si étroitement des intérêts des plaignants et de la collectivité que la distinction pourrait bien ne pas être importante en réalité.

La reconnaissance d'un droit absolu de l'accusé de présenter tout élément de preuve pertinent, constitue une interprétation sérieusement défective de l'expression «principes de justice fondamentale». Il est évident que l'évolution de ces principes s'est faite en fonction de valeurs et d'intérêts qui vont au-delà de ceux de l'accusé et ces valeurs et intérêts sont donc pertinents dans le cadre de toute analyse constitutionnelle. L'argument selon lequel un accusé ne peut présenter toutes les preuves pertinentes servant à établir son innocence n'a que peu de valeur dans la présente analyse et doit céder le pas à d'autres considérations. La preuve sur le comportement sexuel antérieur exclue par la disposition est soit non pertinente soit tellement préjudiciable que son effet dénaturant l'emporte sur sa valeur probante minimale sur le déroulement du procès. Cette preuve sert de catalyseur pour invoquer des stéréotypes au sujet des femmes et du viol.

La disposition du *Code*, même si elle est déclarée inconstitutionnelle de par son effet, est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

By enacting this provision, Parliament sought to minimize sexual discrimination in the trials of sexual offences through the elimination of irrelevant and/or prejudicial sexual history evidence. A further legislative goal, intimately linked to the first, was to encourage women to report their victimization. The importance of Parliament's objectives in the reform of the law of sexual assault is amplified by the nature of the harm done and by the fact that its legislative effort gives voice to values that are paramount in a free and democratic society.

The measures were proportional. The effort on the part of Parliament to exclude sexual history evidence at trial, evidence which is largely irrelevant and biased, is rationally connected to the stated objectives of ridding the law in this area of discriminatory beliefs and of encouraging increased reporting of such offences.

The measures impair the rights of the accused as little as possible. Parliament weighed the claims of different groups and attempted to balance their concerns. The courts are not better situated than or even as well situated as Parliament to determine whether the "least drastic means" have been chosen. The appropriate standard of review at this stage of the proportionality inquiry is one of reasonableness—whether the government had a reasonable basis for concluding that the legislative solution they chose impaired rights as little as possible given the government's pressing and substantial objective. The legislative choice was, at a minimum, reasonable.

The nature of the problem facing Parliament did not admit of a solution through the exercise of discretion of trial judges. That discretion saturated the law in this area with stereotype and society is still not rid of such beliefs. Discretionary decision making in this area is absolutely antithetical to the achievement of government's pressing and substantial objectives.

Lastly, the effects of the measures were not so deleterious as to outweigh the importance of the objective. The exclusion of largely irrelevant and highly prejudicial sexual history evidence does not significantly entrench upon an accused's right to a fair trial or an

a Le législateur visait à supprimer la discrimination sexuelle dans les procès pour infraction d'ordre sexuel par l'élimination des preuves non pertinentes ou préjudiciables, ou les deux, concernant le comportement sexuel antérieur. Un autre objectif législatif, étroitement lié au premier, est d'inciter les femmes à signaler les agressions dont elles sont victimes. L'importance des objectifs du Parlement dans le cadre de la réforme des dispositions législatives en matière d'agression sexuelle est amplifiée par la nature du préjudice causé et par le fait que les efforts du législateur ont permis de faire ressortir les valeurs qui sont importantes à l'intérieur d'une société libre et démocratique.

b Les mesures sont proportionnées. Les efforts déployés par le Parlement pour exclure, lors du procès, la preuve sur le comportement sexuel, preuve qui est en grande partie non pertinente et néanmoins partielle, ont un lien rationnel avec les objectifs mentionnés visant à faire disparaître du droit dans ce domaine les croyances discriminatoires et à inciter au dépôt de plaintes relativement à ces infractions.

c Les mesures portent atteinte le moins possible aux droits de l'accusé. Le législateur a tenu compte des revendications de divers groupes et il a tenté d'établir un équilibre qui correspondait le mieux aux divers intérêts en jeu. Les tribunaux ne sont pas en meilleure position ni même dans une position aussi avantageuse que le Parlement pour déterminer si les «moyens les moins radicaux» ont été choisis. Le critère approprié d'examen à cette étape de l'analyse de la proportionnalité doit donc être celui du caractère raisonnable, savoir si le gouvernement avait un fondement raisonnable pour conclure que la solution législative choisie portait le moins possible atteinte au droit en question compte tenu d'un besoin urgent et réel. Le choix retenu par le législateur se situe, tout au moins, dans les limites du raisonnable.

d La nature du problème avec lequel se trouvait aux prises le législateur fédéral ne permettait pas une solution prévoyant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les juges du procès. C'est l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges du procès qui a saturé de stéréotypes les règles de droit dans ce domaine. L'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans ce contexte est tout à fait à l'opposé de la réalisation de l'objectif urgent et réel du gouvernement.

e Enfin, les effets préjudiciables de la mesure ne sont pas trop importants par rapport à l'objectif. L'exclusion d'une preuve sur le comportement sexuel qui est en grande partie non pertinente et qui est hautement préjudiciable n'empêche pas de manière importante sur le

accused's right to make full answer and defence. The provision still permits the accused wide avenues of admissibility to adduce evidence of sexual history which is relevant and sufficiently probative that its admission is not outweighed by its discriminatory effect.

a

Although it is not necessary to consider the doctrine of constitutional exception, the same rationales which make the doctrine inapplicable highlight the infirmity of the guidelines suggested by the majority.

b

droit de l'accusé à un procès équitable ou sur son droit à une défense pleine et entière. La disposition en question permet de bien d'autres façons à l'accusé de présenter des preuves sur le comportement sexuel qui sont pertinentes et suffisamment probantes pour que leur effet discriminatoire n'en écarte pas l'admission.

Il est inutile d'examiner l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle; toutefois, les mêmes justifications qui rendent la doctrine inapplicable font ressortir les lacunes des lignes directrices proposées par la Cour à la majorité.

## Cases Cited

By McLachlin J.

**Followed:** *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949; **referred to:** *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272; *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931); *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (1976); *State v. Carpenter*, 447 N.W.2d 436 (1989); *Commonwealth v. Majorana*, 470 A.2d 80 (1983); *People v. Mikula*, 269 N.W.2d 195 (1978); *State ex rel. Pope v. Superior Court*, 545 P.2d 946 (1976); *R. v. LeGallant* (1985), 47 C.R. (3d) 170; *R. v. Greene* (1990), 76 C.R. (3d) 119; *State v. Pulizzano*, 456 N.W.2d 325 (1990); *Commonwealth v. Black*, 487 A.2d 396 (1985); *State v. Oliveira*, 576 A.2d 111 (1990); *State v. Carver*, 678 P.2d 842 (1984); *State v. Howard*, 426 A.2d 457 (1981); *State v. Reinart*, 440 N.W.2d 503 (1989); *Summitt v. State*, 697 P.2d 1374 (1985); *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315; *Winfield v. Commonwealth*, 301 S.E.2d 15 (1983); *State v. Shoffner*, 302 S.E.2d 830 (1983); *State v. Gonzalez*, 757 P.2d 925 (1988); *State v. Hudlow*, 659 P.2d 514 (1983); *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Doug-*

c

Citée par le juge McLachlin

d

**Arrêt suivi:** *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949; **arrêts mentionnés:** *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272; *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931); *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (1976); *State v. Carpenter*, 447 N.W.2d 436 (1989); *Commonwealth v. Majorana*, 470 A.2d 80 (1983); *People v. Mikula*, 269 N.W.2d 195 (1978); *State ex rel. Pope v. Superior Court*, 545 P.2d 946 (1976); *R. v. LeGallant* (1985), 47 C.R. (3d) 170; *R. v. Greene* (1990), 76 C.R. (3d) 119; *State v. Pulizzano*, 456 N.W.2d 325 (1990); *Commonwealth v. Black*, 487 A.2d 396 (1985); *State v. Oliveira*, 576 A.2d 111 (1990); *State v. Carver*, 678 P.2d 842 (1984); *State v. Howard*, 426 A.2d 457 (1981); *State v. Reinart*, 440 N.W.2d 503 (1989); *Summitt v. State*, 697 P.2d 1374 (1985); *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315; *Winfield v. Commonwealth*, 301 S.E.2d 15 (1983); *State v. Shoffner*, 302 S.E.2d 830 (1983); *State v. Gonzalez*, 757 P.2d 925 (1988); *State v. Hudlow*, 659 P.2d 514 (1983); *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863;

e

f

g

h

i

j

*las College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268.

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

*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Timm v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 315; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 S.C.R. 117; *Gross v. Brodrrecht* (1897), 24 O.A.R. 687; *R. v. Konkin*, [1983] 1 S.C.R. 388; *R. v. Camp* (1977), 36 C.C.C. (2d) 511; *R. v. Firkins* (1977), 37 C.C.C. (2d) 227, leave to appeal refused, [1977] 2 S.C.R. vii; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Coombs* (1985), 23 C.C.C. (3d) 356; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303.

#### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d), 15, 24(1), 28. *Constitution Act*, 1982, s. 52.

1 R.C.S. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268.

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

b *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Timm c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 R.C.S. 117; *Gross v. Brodrrecht* (1897), 24 O.A.R. 687; *R. c. Konkin*, [1983] 1 R.C.S. 388; *R. v. Camp* (1977), 36 C.C.C. (2d) 511; *R. v. Firkins* (1977), 37 C.C.C. (2d) 227, autorisation de pourvoi refusée, [1977] 2 R.C.S. vii; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. v. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440; *R. v. Coombs* (1985), 23 C.C.C. (3d) 356; *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'art. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303.

#### Lois et règlements cités

i *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d), 15, 24(1), 28. *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276, 277. *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 [mod. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], art. 139(1), 142, 246.4, 246.5, 246.6, 246.7, 246.8. *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.

*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 [am. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], ss. 139(1), 142, 246.4, 246.5, 246.6, 246.7, 246.8.

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276, 277.

*Criminal Law Amendment Act*, 1975, S.C. 1974-75-76, a c. 93, s. 8.

*Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8.

*Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19.

## Authors Cited

Adler, Zsuzsanna. "The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation", [1985] *Crim. L.R.* 769.

Backhouse, Constance and Lorna Schoenroth, "A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law" (1983), 6 *Can.-U.S. L.J.* 48.

Berger, Vivian. "Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom" (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 1.

Borgida, Eugene and Phyllis White. "Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform" (1978), 2 *Law and Hum. Behav.* 339.

Boyle, Christine. "Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?" (1981), 23 *Crim. L.Q.* 253.

Boyle, Christine, L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.

Brickman, Julie and John Briere, "Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population" (1985), 7 *Int'l J. of Women's Stud.* 195.

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*. Ottawa: Ministry of Supply and Services, 1984.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 77, April 22, 1982.

Canada. Law Reform Commission. *Corroboration: A Study Paper Prepared by the Law of Evidence Project*. Ottawa, 1975.

Canada. Solicitor General. *Canadian Urban Victimization Survey: Female Victims of Crime*, 1985.

Canada. Solicitor General. *Canadian Urban Victimization Survey: Reported and Unreported Crimes*, 1984.

Catton, Katherine. "Evidence Regarding the Prior Sexual History of an Alleged Rape Victim — Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused" (1975), 33 *U.T. Fac. L. Rev.* 165.

Check, James V. P. and Neil M. Malamuth. "Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape" (1983), 45 *J. of Pers. and Soc. Psych.* 344.

Clark, Lorenne M. G. and Debra J. Lewis. *Rape: The Price of Coercive Sexuality*. Toronto: Women's Press, 1977.

## Doctrine citée

b Adler, Zsuzsanna. «The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation», [1985] *Crim. L.R.* 769.

Backhouse, Constance and Lorna Schoenroth, «A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law» (1983), 6 *Can.-U.S. L.J.* 48.

c Berger, Vivian. «Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom» (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 1.

Borgida, Eugene and Phyllis White. «Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform» (1978), 2 *Law and Hum. Behav.* 339.

Boyle, Christine. «Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?» (1981), 23 *Crim. L.Q.* 253.

Boyle, Christine, L. M. *Sexual Assault*. Toronto: Carswells, 1984.

e Brickman, Julie and John Briere, «Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population» (1985), 7 *Int'l J. of Women's Stud.* 195.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques. *Procès-verbaux et témoignages*, Fascicule no 77, le 22 avril 1982.

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services, 1984.

Canada. Commission de réforme du droit. *Corroboration: Document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve*. Ottawa, 1975.

Canada. Solliciteur général. *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Crimes signalés et crimes non signalés*, 1984.

Canada. Solliciteur général. *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Les femmes victimes d'actes criminels*, 1985.

i Catton, Katherine. «Evidence Regarding the Prior Sexual History of an Alleged Rape Victim — Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused» (1975), 33 *U.T. Fac. L. Rev.* 165.

j Check, James V. P. and Neil M. Malamuth. «Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape» (1983), 45 *J. of Pers. and Soc. Psych.* 344.

- Clark, Lorenne M. G. and Debra J. Lewis. *A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada*, 1976 (unpublished).
- Cross, Rupert, Sir and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Dawson, T. Brettel. "Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness: The Construction of Relevance" (1988), 2 *C.J.W.L.* 310.
- Doherty, David H. "'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial" (1984), 40 *C.R.* (3d) 55.
- Elliott, D. W. "Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties", [1984] *Crim. L. Rev.* 4.
- Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence. *Report of the Federal Provincial Task Force on the Uniform Rules of Evidence*. Toronto: Carswells, 1982.
- Feild, Hubert S. and Leigh B. Bienen. *Jurors and Rape*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1980.
- Galvin, Harriett R. "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade" (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763.
- Gordon, Margaret T. and Stephanie Riger. *The Female Fear*. New York: The Free Press, 1989.
- Grant, Yola Althea. "The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal" (1989-1990), 3 *C.J.W.L.* 592.
- Haxton, David. "Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence", [1985] *Wis. L. Rev.* 1219.
- Holmstrom, Lynda Lytle and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.
- Hoskins, Jeffrey G. "The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 173.
- House of Commons Debates*, 1st Sess., 30th Parl.
- House of Commons Debates*, 1st Sess., 32nd Parl.
- Howard, Colin. *Criminal Law*, 3rd ed. Sydney: The Law Book Co., 1977.
- Informa Inc. "Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign". Report prepared for the Ontario Women's Directorate, August 1988.
- La Free, Gary D. "Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing" (1980), 58 *Soc. Forces* 833.
- La Free, Gary D., Barbara F. Reskin and Christy A. Visher. "Jurors' Responses to Victims' Behavior and Legal Issues in Sexual Assault Trials" (1985), 32 *Soc. Prob.* 389.
- LeGrand, Camille E. "Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law" (1973), 61 *Calif. L. Rev.* 919.
- Clark, Lorenne M. G. and Debra J. Lewis. *Rape: The Price of Coercive Sexuality*. Toronto: Women's Press, 1977.
- Clark, Lorenne and Debra J. Lewis. *A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada*, 1976 (unpublished).
- Constitution des États-Unis, Cinquième, Sixième, Quatorzièmement amendements.
- Cross, Rupert, Sir and Colin Tapper. *Cross on Evidence*, 7th ed. London: Butterworths, 1990.
- Dawson, T. Brettel. «Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness: The Construction of Relevance» (1988), 2 *C.J.W.L.* 310.
- Débats de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 30<sup>e</sup> Lég.
- Débat de la Chambre des communes*, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> Lég.
- Doherty, David H. «'Sparing' the Complainant 'Spoils' the Trial» (1984), 40 *C.R.* (3d) 55.
- Elliott, D. W. «Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties», [1984] *Crim. L. Rev.* 4.
- Feild, Hubert S. and Leigh B. Bienen. *Jurors and Rape*. Lexington, Mass.: Lexington Books, 1980.
- Galvin, Harriett R. «Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade» (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763.
- Gordon, Margaret T. and Stephanie Riger. *The Female Fear*. New York: The Free Press, 1989.
- Grant, Yola Althea. «The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal» (1989-1990), 3 *C.J.W.L.* 592.
- Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, *Rapport*. Toronto: Carswells, 1983.
- Haxton, David. «Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence», [1985] *Wis. L. Rev.* 1219.
- Holmstrom, Lynda Lytle and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.
- Hoskins, Jeffrey G. «The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases» (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 173.
- Howard, Colin. *Criminal Law*, 3rd ed. Sydney: The Law Book Co., 1977.
- Informa Inc. «Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign». Report prepared for the Ontario Women's Directorate, August 1988.
- La Free, Gary D. «Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing» (1980), 58 *Soc. Forces* 833.
- La Free, Gary D., Barbara F. Reskin and Christy A. Visher. «Jurors' Responses to Victims' Behavior and

- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- Marshall, Patricia. "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1984.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By E. W. Cleary. St. Paul: West Pub. Co., 1972.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
- Ordover, Abraham P. "Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity" (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90.
- Paciocco, David M. "The Charter and the Rape Shield Provisions of the *Criminal Code*: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 119.
- Renner, K. Edward and Suresh Sahjpaul, "The New Sexual Assault Law: What Has been Its Effect" (1986), 28 *Can. J. Crim.* 407.
- Schiff, S. *Evidence in the Litigation Process*, 3rd ed., vol. 2. Toronto: Carswells, 1988.
- Sheehy, Elizabeth A. "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741.
- Stanley, Marilyn G. *The Experience of the Rape Victim with the Criminal Justice System Prior to Bill C-127*. Ottawa: Department of Justice, 1985.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Law of Evidence*, 12th ed. By Sir Harry Lushington Stephen and Lewis Frederick Sturge. London: MacMillan and Co., 1946.
- Tanford, J. Alexander and Anthony J. Bocchino. "Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment" (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544.
- United States Constitution, Fifth, Sixth, Fourteenth Amendments.
- Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987), 2 *C.J.W.L.* 233.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.
- Williams, Kristen M. *The Prosecution of Sexual Assaults*. Washington: Institute for Law and Social Research, 1978.
- Legal Issues in Sexual Assault Trials» (1985), 32 *Soc. Prob.* 389.
- LeGrand, Camille E. «Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law» (1973), 61 *Calif. L. Rev.* 919.
- a MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- Marshall, Patricia. «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216.
- b McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Kenneth S. Brown et al. St. Paul, Minn.: West Pub. Co., 1984.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By E. W. Cleary. St. Paul: West Pub. Co., 1972.
- c McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1990.
- Ordover, Abraham P. «Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity» (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90.
- d Paciocco, David M. «The Charter and the Rape Shield Provisions of the *Criminal Code*: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 119.
- Renner, K. Edward and Suresh Sahjpaul, «The New Sexual Assault Law: What Has been Its Effect» (1986), 28 *Can. J. Crim.* 407.
- e Schiff, S. *Evidence in the Litigation Process*, 3rd ed., vol. 2. Toronto: Carswells, 1988.
- f Sheehy, Elizabeth A. «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 741.
- g Stanley, Marilyn G. *Les victimes de viol et la justice pénale avant le projet de loi C-127*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1985.
- Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Law of Evidence*, 12th ed. By Sir Harry Lushington Stephen and Lewis Frederick Sturge. London: MacMillan and Co., 1946.
- h Tanford, J. Alexander and Anthony J. Bocchino. «Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment» (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544.
- i Vandervort, Lucinda. «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987), 2 *C.J.W.L.* 233.
- j Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1970.
- Williams, Kristen M. *The Prosecution of Sexual Assaults*. Washington: Institute for Law and Social Research, 1978.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 61 O.R. (2d) 290, 20 O.A.C. 345, 37 C.C.C. (3d) 53, 58 C.R. (3d) 289, 35 C.R.R. 300, allowing the Crown's appeal from a judgment of Galligan J. quashing appellants' committals for trial on charges of sexual assault. Appeals dismissed, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. dissenting in part.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 61 O.R. (2d) 290, 20 O.A.C. 345, 37 C.C.C. (3d) 53, 58 C.R. (3d) 289, 35 C.R.R. 300, qui a accueilli l'appel du ministère public contre un jugement du juge Galligan qui avait annulé les renvois à procès des appellants relativement à des accusations d'agression sexuelle. Pourvois rejetés, les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier sont dissidents en partie.

b

*Marc Rosenberg* and *Keith E. Wright*, for the appellant Seaboyer.

*Jan-Paul Waldin* and *Allan Herman*, for the appellant Gayme.

*Jeff Casey* and *Rosella Cornaviera*, for the respondent.

*Jan-Paul Waldin* et *Allan Herman*, pour l'appellant Gayme.

*Jeff Casey* et *Rosella Cornaviera*, pour l'intimée.

d

*J. E. Thompson, Q.C.*, and *Adelyn L. Bowland*, for the intervenor the Attorney General of Canada.

*J. E. Thompson, c.r.*, et *Adelyn L. Bowland*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

e

*Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

f

*Ross MacNab*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

*Ross MacNab*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

g

*Daniel V. MacDonald*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

*Daniel V. MacDonald*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

h

*Elizabeth Shilton* and *Anne Derrick*, for the intervener Women's Legal Education and Action Fund et al.

*Elizabeth Shilton* et *Anne Derrick*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres.

i

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

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Stevenson et Iacobucci rendu par

j

MCLACHLIN J.—These cases raise the issue of the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly ss. 246.6 and 246.7), commonly known as the "rape-shield" provisions. The provisions restrict the right of the defence on a trial for a sexual offence to cross-examine and lead evidence of a complainant's sexual conduct on other occasions. The question is whether these restrictions offend the guarantees accorded to an

LE JUGE MCLACHLIN—Ces affaires soulèvent la question de la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant art. 246.6 et 246.7) appelés communément dispositions sur la «protection des victimes de viol». Ces dispositions restreignent, dans un procès pour une infraction d'ordre sexuel, le droit de la défense de contre-interroger et de présenter une preuve sur le comportement sexuel du plaignant à d'autres occa-

accused person by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

My conclusion is that one of the sections in issue, s. 276, offends the *Charter*. While its purpose—the abolition of outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence—is laudable, its effect goes beyond what is required or justified by that purpose. At the same time, striking down s. 276 does not imply reversion to the old common law rules, which permitted evidence of the complainant's sexual conduct even though it might have no probative value to the issues on the case and, on the contrary, might mislead the jury. Instead, relying on the basic principles that actuate our law of evidence, the courts must seek a middle way that offers the maximum protection to the complainant compatible with the maintenance of the accused's fundamental right to a fair trial.

A second issue arises as to the procedure to be followed where a constitutional question is raised on a preliminary inquiry to determine if there is sufficient evidence to commit the accused for trial. On this issue I conclude that the preliminary inquiry judges correctly declined to consider the constitutionality of the legislation and that the cases should be remitted for trial in accordance with the principles of evidence as canvassed in these reasons.

### The Background

I deal first with *Seaboyer*. The accused was charged with sexual assault of a woman with whom he had been drinking in a bar. On the preliminary inquiry the judge refused to allow the accused to cross-examine the complainant on her sexual conduct on other occasions. The appellant contends that he should have been permitted to cross-examine as to other acts of sexual intercourse which may have caused bruises and other aspects of the complainant's condition which the Crown had put in evidence. While the theory of the defence has not been detailed at this early stage, such evidence might arguably be relevant to consent, since it might provide other explanations for the physical evidence tendered by

sions. Il s'agit de déterminer si ces restrictions contreviennent aux garanties accordées à l'inculpé par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

J'arrive à la conclusion que l'un de ces articles, l'art. 276, contrevient à la *Charte*. Si louable que soit son objet, abolir l'utilisation sexiste et dépassée de la preuve sur le comportement sexuel, son effet va au-delà de ce qui est nécessaire ou justifié à cette fin. Par ailleurs, l'annulation de cet article ne suppose pas un retour aux anciennes règles de common law, qui permettaient la présentation d'une preuve sur le comportement sexuel du plaignant même dans les cas où cette preuve avait peu de valeur probante et risquait, au contraire, d'induire le jury en erreur. Se fondant sur les principes fondamentaux de notre droit de la preuve, les tribunaux doivent plutôt chercher un moyen terme qui offre au plaignant le maximum de protection tout en garantissant à l'accusé le respect de son droit fondamental à un procès équitable.

Ces affaires soulèvent aussi la question de la procédure à suivre lorsqu'une question constitutionnelle est soulevée à l'enquête préliminaire dont l'objet est de déterminer si la preuve est suffisante pour justifier le renvoi à procès de l'accusé. J'arrive à la conclusion que les juges chargés de l'enquête préliminaire ont eu raison de s'abstenir d'examiner la constitutionnalité des dispositions en question et que les affaires doivent être renvoyées à procès conformément aux principes relatifs à la preuve examinés dans les présents motifs.

### Historique

J'examinerai tout d'abord l'affaire *Seaboyer*. L'accusé doit répondre à une accusation d'agression sexuelle d'une femme rencontrée dans un bar. À l'enquête préliminaire, le juge a refusé de permettre à l'accusé de contre-interroger la plaignante relativement à son comportement sexuel à d'autres occasions. L'appelant prétend que le tribunal aurait dû lui permettre de contre-interroger la plaignante sur d'autres relations sexuelles, susceptibles d'expliquer l'origine des meurtrissures, et sur d'autres aspects de l'état de la plaignante que le ministère public a présentés en preuve. Bien que la théorie de la défense n'ait pas été exposée en détail à cette étape initiale, on peut soutenir que cette preuve pourrait être perti-

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

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

In neither *Seaboyer* nor *Gayme* did the preliminary inquiry judge consider the questions individually; they ruled that the blanket exclusion in the *Criminal Code* prevented them from considering whether the questions were otherwise relevant and admissible.

Both *Seaboyer* and *Gayme* applied to the Supreme Court of Ontario for an order quashing the committal for trial on the ground that the judge below had exceeded his jurisdiction and deprived the appellant of his right to make full answer and defence by enforcing the provisions of s. 276 of the *Criminal Code*. *Galligan J.* granted the orders on the ground that ss. 276 and 277 violate the *Charter*, and remitted the cases to the preliminary inquiry judge for a ruling on the evidentiary issues unhampered by the statutory provisions.

The Ontario Court of Appeal unanimously reversed the orders of *Galligan J.* on the ground that the preliminary inquiry judges lacked the jurisdiction to determine the constitutional validity of the sections in question: (1987), 61 O.R. (2d) 290. That being the case, they had not erred in applying the sections, and the orders quashing the committal must be set aside.

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

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

*e* Les juges chargés des enquêtes préliminaires dans *Seaboyer* et *Gayme* n'ont pas étudié les questions proposées séparément. Les deux ont conclu que l'exclusion générale du *Code criminel* leur interdisait de déterminer si les questions étaient par ailleurs pertinentes et admissibles.

*g* *Seaboyer* et *Gayme* ont demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'ordonner l'annulation du renvoi à procès au motif que le tribunal d'instance inférieure avait excédé sa compétence et privé l'appelant de son droit de présenter une défense pleine et entière en appliquant l'art. 276 du *Code criminel*. Le juge *Galligan jugeant* que les art. 276 et 277 violaient la *Charte* a accordé les ordonnances et a demandé au juge chargé de l'enquête préliminaire de statuer sur les questions relatives à la preuve sans tenir compte des dispositions en question.

*i* Dans un jugement unanime, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé les ordonnances rendues par le juge *Galligan* au motif que les juges chargés de l'enquête préliminaire n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des articles en question: (1987), 61 O.R. (2d) 290. Ils n'avaient donc pas commis d'erreur dans l'application des articles en

The court went on, however, to consider the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*. All five judges found that s. 276 was capable of contravening an accused's rights under the *Charter* in some circumstances. They differed, however, on what the consequences of that finding should be. The majority, *per Grange J.A.*, held that the section should not be struck down, but that the appropriate course was for a trial judge to decline to apply it where it would lead to a *Charter* breach. The minority, *per Brooke J.A.*, would have struck the section down on the ground that it was of no force and effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

On appeal to this Court, constitutional questions were stated putting in issue the validity of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*.

### The Issues

#### I. *The Constitutional Validity of ss. 276 and 277 of the Criminal Code*

1. Do ss. 276 and 277 infringe ss. 7 and 11(d) of the *Charter*?
2. If so, are they saved by s. 1?
3. Does the Constitutional Exemptions Doctrine Apply?
4. If the legislation is invalid, what is the law?

#### II. *Jurisdiction of the Preliminary Inquiry Judge*

It should be noted that the admissibility of the evidence sought to be tendered in the two cases is not at issue. In neither case did the preliminary inquiry judge consider whether the evidence would have been relevant or admissible in the absence of ss. 276 or 277 of the *Criminal Code*.

### Relevant Legislation

*Criminal Code*, s. 276:

question et les ordonnances rejetant les renvois à procès devaient être annulées. Toutefois, la cour a examiné ensuite la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel*. Les cinq juges ont conclu que l'art. 276 pouvait dans certains cas contrevirer aux droits garantis à un inculpé par la *Charte*. Ils n'étaient cependant pas du même avis quant aux conséquences de cette conclusion. Le juge Grange, au nom de la majorité, a statué que l'article ne devrait pas être abrogé, mais que le juge du procès devrait refuser de l'appliquer si son application devait porter atteinte aux droits garantis par la *Charte*. Le juge Brooke, pour la minorité, aurait annulé l'article qu'il estimait inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Dans le présent pourvoi, les questions constitutionnelles concernent la validité des art. 276 et 277 du *Code criminel*.

### Les questions en litige

#### I. *La validité constitutionnelle des art. 276 et 277 du Code criminel*

1. Les articles 276 et 277 contreviennent-ils à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*?
2. Dans l'affirmative, ces articles sont-ils sauvagardés par l'article premier?
3. La doctrine des exemptions constitutionnelles est-elle applicable?
4. Si ces dispositions ne sont pas valides, quelles sont les règles de droit applicables?

#### II. *La compétence du juge chargé de l'enquête préliminaire*

Il faut souligner que l'admissibilité de la preuve que l'on cherche à introduire n'est pas en litige. Dans ces deux affaires, le juge chargé de l'enquête préliminaire n'a pas examiné si la preuve en question aurait été pertinente ou admissible en l'absence des art. 276 ou 277 du *Code criminel*.

### Les dispositions législatives

L'article 276 du *Code criminel*:

**276.** (1) In proceedings in respect of an offence under section 271, 272 or 273, no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused concerning the sexual activity of the complainant with any person other than the accused unless

(a) it is evidence that rebuts evidence of the complainant's sexual activity or absence thereof that was previously adduced by the prosecution;

(b) it is evidence of specific instances of the complainant's sexual activity tending to establish the identity of the person who had sexual contact with the complainant on the occasion set out in the charge; or

(c) it is evidence of sexual activity that took place on the same occasion as the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, where that evidence relates to the consent that the accused alleges he believed was given by the complainant.

(2) No evidence is admissible under paragraph (1)(c) unless

(a) reasonable notice in writing has been given to the prosecutor by or on behalf of the accused of his intention to adduce the evidence together with particulars of the evidence sought to be adduced; and

(b) a copy of the notice has been filed with the clerk of the court.

(3) No evidence is admissible under subsection (1) unless the judge, provincial court judge or justice, after holding a hearing in which the jury and the members of the public are excluded and in which the complainant is not a compellable witness, is satisfied that the requirements of this section are met.

*Criminal Code*, s. 277:

**277.** In proceedings in respect of an offence under section 271, 272 or 273, evidence of sexual reputation, whether general or specific, is not admissible for the purpose of challenging or supporting the credibility of the complainant.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 7 and s. 11(d):

**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.

**276.** (1) Dans des procédures à l'égard d'une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273, l'accusé ou son représentant ne peuvent présenter une preuve concernant le comportement sexuel du plaignant avec qui que ce soit d'autre que l'accusé à moins qu'il ne s'agisse:

a) d'une preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant;

b) de la preuve d'un rapport sexuel du plaignant présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation;

c) d'une preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de l'accusation dans les cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que le plaignant avait donné.

(2) Aucune preuve n'est admissible en vertu de l'alinea (1)c) à moins:

a) d'une part, qu'un avis raisonnable n'ait été donné par écrit au poursuivant par l'accusé ou en son nom, de son intention de produire cette preuve, et faisant état des détails qui s'y rapportent;

b) d'autre part, qu'une copie de cet avis n'ait été déposée auprès du greffier du tribunal.

(3) Aucune preuve n'est admissible en vertu du paragraphe (1) à moins que le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos en l'absence du jury et lors de laquelle le plaignant n'est pas un témoin contrainable, ne soit convaincu que les exigences énumérées au présent article ont été respectées.

L'article 277 du *Code criminel*:

**277.** Dans des procédures portant sur une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273, une preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant est inadmissible.

L'article 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

**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.** 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;

*Constitution Act, 1982*, s. 52:

**52.** (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

(2) The Constitution of Canada includes

(a) the *Canada Act 1982*, including this Act;

(b) the Acts and orders referred to in the schedule; and

(c) any amendment to any Act or order referred to in paragraph (a) or (b).

(3) Amendments to the Constitution of Canada shall be made only in accordance with the authority contained in the Constitution of Canada.

### Discussion

**1.** Do ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* Infringe ss. 7 and 11(d) of the *Charter*?

#### (a) The Approach to ss. 7 and 11(d) of the Charter

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

The first branch of s. 7 need not detain us. It is not disputed that ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* have the capacity to deprive a person of his or her liberty. A person convicted of sexual assault may be sentenced to life imprisonment. In so far as ss. 276 and 277 may affect conviction, they may deprive a person of his or her liberty.

The real issue under s. 7 is whether the potential for deprivation of liberty flowing from ss. 276 and

**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;

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

**52.** (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

c) (2) La Constitution du Canada comprend:

a) la *Loi de 1982 sur le Canada*, y compris la présente loi;

b) les textes législatifs et les décrets figurant à l'annexe;

c) les modifications des textes législatifs et des décrets mentionnés aux alinéas a) ou b).

(3) La Constitution du Canada ne peut être modifiée que conformément aux pouvoirs conférés par elle.

### Analyse

**1.** Les articles 276 et 277 du *Code criminel* contreviennent-ils à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*?

#### a) L'étude de l'art. 7 et de l'al. 11d) de la *Charte*

Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, 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.

Nous n'avons pas à nous attarder à l'examen de la première partie de l'art. 7. On ne conteste pas que les art. 276 et 277 du *Code criminel* peuvent porter atteinte à la liberté d'une personne. Quiconque est déclaré coupable d'une infraction d'ordre sexuel peut être condamné à l'emprisonnement à perpétuité. Or, dans la mesure où les art. 276 et 277 peuvent avoir une incidence sur la déclaration de culpabilité d'une personne, ils peuvent porter atteinte à sa liberté.

La véritable question que soulève l'art. 7 est de savoir si l'atteinte possible à la liberté, par l'applica-

277 takes place in a manner that conforms to the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice are the fundamental tenets upon which our legal system is based. We find them in the legal principles which have historically been reflected in the law of this and other similar states: *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. The sections which follow s. 7, like the right to a fair trial enshrined in s. 11(d), reflect particular principles of fundamental justice: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. Thus the discussion of s. 7 and s. 11(d) is inextricably intertwined.

The principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests, from the rights of the accused to broader societal concerns. Section 7 must be construed having regard to those interests and "against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field" (*Beare, supra*, at pp. 402-3 *per* La Forest J.). The ultimate question is whether the legislation, viewed in a purposive way, conforms to the fundamental precepts which underlie our system of justice.

One way of putting this question is to ask whether the challenged legislation infringes the *Charter* guarantee in purpose or effect: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Purpose, on this test, must be defined generously in terms of the ultimate aim of the legislation. Effect refers to the actual consequences of the legislation. Where the *Charter* guarantee relates to individual rights, as does s. 7, the inquiry as to effect will necessarily concern not only the overall effect of the measure as it operates in the justice system, but will extend to consideration of its impact on the individuals whose rights the *Charter* protects, typically the person charged with an offence.

A final point must be made on the ambit of s. 7 of the *Charter*. It has been suggested that s. 7 should be viewed as concerned with the interest of complainants as a class to security of person and to equal benefit of the law as guaranteed by ss. 15 and 28 of the *Charter*: Yola Althea Grant, "The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal" (1989-1990), 3 C.J.W.L. 592, at p. 600. Such an approach is consistent with

tion des art. 276 et 277, survient en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ces principes sont les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils font partie depuis toujours des règles de droit au Canada et dans d'autres États semblables: *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Les articles qui suivent l'art. 7 renferment des principes particuliers de justice fondamentale, comme le droit à un procès équitable consacré à l'al. 11d): *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Il s'ensuit que l'examen de l'art. 7 et celui de l'al. 11d) sont inextricablement liés.

Les principes de justice fondamentale touchent toute une gamme d'intérêts qui vont des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus globales. On doit interpréter l'art. 7 en tenant compte de ces intérêts et «en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» (*Beare*, précité, le juge La Forest, à la p. 403). Il faut déterminer en définitive si le texte législatif, interprété en fonction de l'objet, respecte les préceptes fondamentaux de notre système de justice.

Une façon de présenter cette question est de se demander si, par son objet ou son effet, la loi contestée viole le droit garanti par la *Charte*: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Selon ce critère, l'objet doit recevoir une définition large en fonction du but ultime de la loi. L'effet vise les véritables conséquences de la loi. Lorsque le droit garanti par la *Charte* est un droit de l'individu, comme dans le cas de l'art. 7, l'examen de l'effet portera nécessairement sur l'effet global de la mesure à l'intérieur du système de justice et englobera en outre l'étude de son incidence sur les individus dont les droits sont protégés par la *Charte*, notamment un inculpé.

Il reste un point à mentionner quant à la portée de l'art. 7 de la *Charte*. On prétend que l'art. 7 vise à protéger le droit des plaignants, en tant que catégorie de personnes, à la sécurité de leur personne et au même bénéfice de la loi aux termes des art. 15 et 28 de la *Charte*: Yola Althea Grant, «The Penetration of the Rape Shield: *R. v. Seaboyer* and *R. v. Gayme* in the Ontario Court of Appeal» (1989-1990), 3 C.J.W.L. 592, à la p. 600. Cette perspective est com-

the view that s. 7 reflects a variety of societal and individual interests. However, all proponents in this case concede that a measure which denies the accused the right to present a full and fair defence would violate s. 7 in any event.

patible avec le point de vue selon lequel l'art. 7 vise à protéger toute une gamme d'intérêts sociaux et individuels. Cependant, toutes les parties en l'espèce concèdent qu'une mesure privant l'accusé du droit de présenter une défense pleine et équitable viole de toute façon l'art. 7.

### (b) The Positions of the Parties

#### *(i) The Arguments in Favour of the Legislation*

The supporters of the legislation submit that it conforms to, and indeed furthers, the principles of fundamental justice, both in purpose and effect.

#### b) La position des parties

##### *(i) Les arguments en faveur des dispositions législatives*

Les défenseurs des dispositions contestées prétendent qu'elles sont conformes aux principes de justice fondamentale, tant par leur objet que par leur effet, et qu'elles en favorisent même l'application.

The main purpose of the legislation is to abolish the old common law rules which permitted evidence of the complainant's sexual conduct which was of little probative value and calculated to mislead the jury. The common law permitted questioning on the prior sexual conduct of a complainant without proof of relevance to a specific issue in the trial. Evidence that the complainant had relations with the accused and others was routinely presented (and accepted by judges and juries) as tending to make it more likely that the complainant had consented to the alleged assault and as undermining her credibility generally. These inferences were based not on facts, but on the myths that unchaste women were more likely to consent to intercourse and in any event, were less worthy of belief. These twin myths are now discredited. The fact that a woman has had intercourse on other occasions does not in itself increase the logical probability that she consented to intercourse with the accused. Nor does it make her a liar. In an effort to rid the criminal law of these outmoded and illegitimate notions, legislatures throughout the United States and in England, Australia and Canada passed "rape-shield" laws. (I note that the term "rape shield" is less than fortunate; the legislation offers protection not against rape, but against the questioning of complainants in trials for sexual offences.)

L'objet principal de la loi est d'abolir les anciennes règles de common law qui autorisaient la présentation de preuves sur le comportement sexuel du plaignant qui avaient peu de valeur probante et visaient à induire le jury en erreur. En vertu des règles de common law, on pouvait interroger la plaignante sur son comportement sexuel antérieur, sans avoir à établir la pertinence de cette preuve à l'égard d'un point en litige. En effet, des preuves que la plaignante avait eu des relations sexuelles avec l'accusé et d'autres personnes étaient ordinairement présentées (et acceptées par les juges et les jurés) comme tendant à rendre plus probable le consentement de la plaignante et à diminuer généralement sa crédibilité. Ces inférences étaient fondées non pas sur des faits mais sur le mythe selon lequel il est plus probable qu'une femme de mœurs faciles consente à des rapports sexuels et qu'elle est, de toute façon, moins digne de foi. Ce mythe double est maintenant disparu. Le fait qu'une femme ait eu des rapports sexuels à d'autres occasions n'accroît pas en soi la probabilité logique qu'elle ait consenti aux rapports sexuels avec l'accusé. Il ne s'ensuit pas non plus qu'elle ment. Pour tenter d'éliminer du droit criminel ces notions dépassées et erronées, diverses législatures aux États-Unis, en Angleterre, en Australie et au Canada ont adopté des lois sur la protection des victimes de viol. (Je tiens à souligner que l'expression est malheureuse puisque la loi n'offre pas de protection contre le viol mais contre l'interrogation des plaignants dans le cadre de procès relatifs aux agressions sexuelles.)

Three subsidiary purposes of such legislation may be discerned. The first, and the one most pressed before us, was the preservation of the integrity of the trial by eliminating evidence which has little or no probative force but which unduly prejudices the judge or jury against the complainant. If we accept, as we must, that the purpose of the criminal trial is to get at the truth in order to convict the guilty and acquit the innocent, then it follows that irrelevant evidence which may mislead the jury should be eliminated in so far as possible. There is no doubt that evidence of the complainant's sexual activities has often had this effect. Empirical studies in the United States suggest that juries often misused evidence of unchastity and improperly considered "victim-precipitating" conduct, such as going to a bar or getting into a car with the defendant, to "penalize" those complainants who did not fit the stereotype of the "good woman" either by convicting the defendant of a lesser charge or by acquitting the defendant: H. Galvin, "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade" (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763, at p. 796. It follows that society has a legitimate interest in attempting to eliminate such evidence.

The second rationale cited in support of rape-shield legislation is that it encourages the reporting of crime. Despite the fact that the statistics do not demonstrate with any certainty that reporting of sexual offences has increased in Canada as a consequence of rape-shield provisions, I accept that it is a legitimate legislative goal to attempt to encourage such reporting by eliminating to the greatest extent possible those elements of the trial which cause embarrassment or discomfort to the complainant. As time passes and the existence of such provisions becomes better known, they may well have some effect in promoting reporting. Certainly failure to consider the position of the complainant in the trial process may have the opposite effect.

A third and related reason sometimes offered for rape-shield legislation is protection of the witness's privacy. This is really the private aspect upon which

On peut distinguer trois raisons subsidiaires à ce genre de dispositions législatives. La première, celle sur laquelle on a le plus insisté devant nous, est la préservation de l'intégrité du procès par l'élimination d'éléments de preuve qui ont peu de valeur probante ou n'en n'ont aucune, mais qui préviennent indûment le juge ou le jury contre le plaignant. Si nous acceptons, comme nous devons le faire, que l'objet du procès criminel est de faire connaître la vérité afin que le coupable soit condamné et l'innocent acquitté, il s'ensuit que la preuve non pertinente susceptible d'induire le jury en erreur devrait être éliminée dans toute la mesure du possible. Il n'y a pas de doute que les preuves concernant le comportement sexuel du plaignant ont souvent eu cet effet. Selon des études empiriques réalisées aux États-Unis, les jurys ont souvent mal employé les preuves de mœurs faciles ou utilisé à tort la conduite de la «victime prédisposée», notamment le fait de se rendre dans un bar ou de monter en voiture avec le défendeur, pour «pénaliser» les plaignantes dont la conduite ne correspondait pas au stéréotype de la «femme chaste», soit en déclarant le défendeur coupable d'une infraction moindre soit en l'acquittant: H. Galvin, «Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade» (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763, à la p. 796. Il s'ensuit que la société a un intérêt légitime à tenter d'éliminer ce type de preuve.

La deuxième raison tient à ce que ce genre de dispositions encourage le dépôt de plaintes. Bien que les statistiques n'établissent pas avec certitude qu'il y ait eu au Canada un accroissement du nombre de plaintes d'infractions d'ordre sexuel depuis l'adoption de ces dispositions, je reconnais que c'est un objectif législatif légitime que de tenter d'inciter au dépôt de plaintes en éliminant le plus possible les éléments du procès susceptibles de troubler ou de gêner le plaignant. Avec le temps, l'existence de ces dispositions étant mieux connue, il pourrait y avoir un accroissement des plaintes. Il est certain que l'omission de tenir compte de la situation du plaignant au cours du procès pourrait avoir l'effet contraire.

Enfin, une troisième raison connexe, parfois invoquée à l'appui de ce genre de dispositions, touche la protection de la vie privée du témoin. Il s'agit en réa-

the social interest in encouraging the reporting of sexual offences is based. In addition to furthering reporting, our system of justice has an interest in preventing unnecessary invasion of witnesses' privacy.

The goals of the legislation—the avoidance of unprobative and misleading evidence, the encouraging of reporting and the protection of the security and privacy of the witnesses—conform to our fundamental conceptions of justice. The concern with the legislation is not as to its purpose, which is laudable, but with its effect. The reasons for these concerns emerge from a consideration of the appellants' position, to which I now turn.

#### (ii) *The Arguments Against the Legislation*

The appellants contend that the legislation, however laudable its goals, in fact infringes their right to present evidence relevant to their defence and hence violates their right to a fair trial, one of the most important of the principles of fundamental justice.

The precept that the innocent must not be convicted is basic to our concept of justice. One has only to think of the public revulsion felt at the improper conviction of Donald Marshall in this country or the Birmingham Six in the United Kingdom to appreciate how deeply held is this tenet of justice. Lamer J. (as he then was) put it this way in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, at p. 513:

It has from time immemorial been part of our system of laws that the innocent not be punished. This principle has long been recognized as an essential element of a system for the administration of justice which is founded upon a belief in the dignity and worth of the human person and on the rule of law.

Dickson J. (as he then was) expressed the same view in *R. v. Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, when he stated at p. 1310: "there is a generally held

lité de l'aspect privé sur lequel se fonde l'intérêt social à l'incitation au dépôt de plaintes d'infractions d'ordre sexuel. En plus de favoriser le dépôt de plaintes, notre système de justice doit aussi veiller à empêcher toute atteinte inutile à la vie privée d'un témoin.

Les objets visés par ces dispositions législatives—l'élimination d'éléments de preuve trompeurs ou à faible valeur probante, l'incitation au dépôt de plaintes et la protection de la sécurité et de la vie privée des témoins—sont conformes à notre conception fondamentale de la justice. Ce n'est pas l'objet, louable, de ces dispositions législatives qui nous préoccupent, mais bien leur effet. J'examinerai maintenant la thèse des appellants, dont découlent ces préoccupations.

#### d (ii) *Les arguments contre les dispositions législatives*

Selon les appellants, si l'objet des dispositions législatives attaquées est louable, il n'en demeure pas moins qu'elles portent atteinte à leur droit de présenter une preuve à l'appui de leur défense et violent donc leur droit à un procès équitable, l'un des plus importants des principes de justice fondamentale.

f Notre système de justice repose sur le précepte selon lequel l'innocent ne doit pas être déclaré coupable. Qu'il nous suffise de mentionner la réprobation du public à l'égard de la déclaration de culpabilité injustifiée de Donald Marshall au Canada et de celle du groupe des six de Birmingham au Royaume-Uni pour voir l'attachement profond à ce principe de justice. Voici ce que dit le juge Lamer, maintenant Juge en chef, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 513:

Depuis des temps immémoriaux, il est de principe dans notre système juridique qu'un innocent ne doit pas être puni. Ce principe est depuis longtemps reconnu comme un élément essentiel d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit.

j Le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a exprimé le même point de vue dans l'arrêt *R. c. Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1310: «on

revulsion against punishment of the morally innocent.”

It is this fundamental principle—that the innocent not be punished—that is urged in support of the contention that ss. 276 and 277 violate the *Charter*. The interest is both individual, in that it affects the accused, and societal, for no just society can tolerate the conviction and punishment of the innocent.

The right of the innocent not to be convicted is reflected in our society’s fundamental commitment to a fair trial, a commitment expressly embodied in s. 11(d) of the *Charter*. It has long been recognized that an essential facet of a fair hearing is the “opportunity adequately to state [one’s] case”: *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917, at p. 923, dealing with s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*. This applies with particular force to the accused, who may not have the resources of the state at his or her disposal. Thus our courts have traditionally been reluctant to exclude even tenuous defence evidence: David H. Doherty, “‘Sparing’ the Complainant ‘Spoils’ the Trial” (1984), 40 C.R. (3d) 55, at p. 58, citing *R. v. Wray*, [1971] S.C.R. 272, and *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.). For the same reason, our courts have held that even informer privilege and solicitor-client privilege may yield to the accused’s right to defend himself on a criminal charge: *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.).

In other jurisdictions too the right to defend oneself of a criminal charge is regarded as a principle of fundamental importance. The Constitution of the United States enshrines the right in the due process guarantees of the Fifth and Fourteenth Amendments and the express right to confront one’s accuser embodied in the Sixth Amendment. The jurisprudence of the United States Supreme Court affirms the right’s fundamental importance: see *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

répugne généralement à punir celui qui est moralement innocent».

C’est ce principe fondamental que l’innocent ne doit pas être puni que l’on invoque pour affirmer que les art. 276 et 277 violent la *Charte*. L’intérêt à protéger concerne à la fois l’individu, puisqu’il a des répercussions sur l’accusé, et la société, puisqu’une société juste ne saurait tolérer qu’un innocent soit déclaré coupable et puni.

À l’appui du droit de l’innocent de ne pas être déclaré coupable, la société reconnaît le droit d’un inculpé à un procès équitable, qui est expressément consacré à l’al. 11d) de la *Charte*. Il est depuis longtemps reconnu qu’un aspect essentiel d’un procès équitable est de donner à l’accusé «l’occasion d’exposer adéquatement sa cause»: *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917, qui portait sur l’al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*. L’application de ce principe est particulièrement importante pour l’accusé qui n’a pas à sa disposition les ressources de l’État. Nos tribunaux ont donc traditionnellement hésité à exclure des éléments de preuve de la défense, si ténus soient-ils: David H. Doherty, «‘Sparing’ the Complainant ‘Spoils’ the Trial» (1984), 40 C.R. (3d) 55, à la p. 58, relativement à *R. c. Wray*, [1971] R.C.S. 272 et à *R. v. Scopelliti* (1981), 34 O.R. (2d) 524 (C.A.). C’est pourquoi nos tribunaux ont statué que le droit de l’accusé de répondre à une accusation criminelle peut même l’emporter sur le privilège relatif aux indicateurs de police et sur le secret professionnel de l’avocat: *Soliciteur général du Canada c. Commission royale d’enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).

Dans d’autres pays, le droit de répondre à une accusation criminelle est aussi considéré comme un principe d’importance fondamentale. La Constitution américaine reconnaît le droit à l’application régulière de la loi dans les Cinquième et Quatorzième amendements et le droit de quiconque de faire face à son accusateur, dans le Sixième amendement. La Cour suprême des États-Unis reconnaît l’importance fondamentale de ce droit: voir *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Alford v. United States*, 282 U.S. 687 (1931).

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution. As one writer has put it:

If the evidentiary bricks needed to build a defence are denied the accused, then for that accused the defence has been abrogated as surely as it would be if the defence itself was held to be unavailable to him.

(Doherty, *supra*, at p. 67).

In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. The defence which the law gives with one hand, may be taken away with the other. Procedural limitations make possible the conviction of persons who the criminal law says are innocent.

### (iii) *The Issue Between the Parties*

All the parties agree that the right to a fair trial—one which permits the trier of fact to get at the truth and properly and fairly dispose of the case—is a principle of fundamental justice. Nor is there any dispute that encouraging reporting of sexual offences and protection of the complainant's privacy are legitimate goals provided they do not interfere with the primary objective of a fair trial. Where the parties part company is on the issue of whether ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* in fact infringe the right to a fair trial. The supporters of the legislation urge that it furthers the right to a fair trial by eliminating evidence of little or no worth and considerable prejudice. The appellants, on the other hand, say that the legislation goes too far and in fact eliminates relevant evidence which should be admitted notwithstanding the possibility of prejudice.

This raises two questions. First, what are the fundamental principles governing the right to introduce relevant defence evidence which may also be prejudi-

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite. Selon un auteur:

[TRADUCTION] Si on empêche l'accusé de présenter les éléments de preuve nécessaires à la constitution de sa défense, cette défense lui est déniée tout aussi sûrement que si on statuait qu'il n'a pas le droit d'invoquer cette défense.

(Doherty, précité, à la p. 67).

Bref, la dénégation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. La défense que la loi accorde d'une main, peut être retirée de l'autre main. Des contraintes de nature procédurale rendent possible la condamnation de personnes qui, selon les règles de droit pénal, sont innocentes.

### (iii) *Les questions en litige*

Toutes les parties reconnaissent que le droit à un procès équitable—celui qui permet au juge des faits de découvrir la vérité et de rendre une décision équitable—est un principe de justice fondamentale. Les parties ne contestent pas non plus que l'incitation au dépôt de plaintes d'infractions d'ordre sexuel et la protection de la vie privée de la plaignante constituent des objectifs légitimes à condition qu'ils ne portent pas atteinte à l'objectif principal qu'est le droit à un procès équitable. Toutefois, les parties ne s'entendent pas quant à savoir si les art. 276 et 277 du *Code criminel* violent le droit à un procès équitable. Les défenseurs de ces dispositions soutiennent qu'elles favorisent le droit à un procès équitable en éliminant les éléments de preuve qui ont peu de valeur ou n'en ont aucune et qui ont un effet préjudiciable important. Par contre, les appellants disent que ces dispositions vont trop loin et éliminent en fait des preuves pertinentes qui devraient être admises, nonobstant leur effet préjudiciable possible.

Cette situation soulève deux questions. Premièrement, quels principes fondamentaux régissent le droit de présenter une preuve pertinente pour la défense,

cial? Second, does the legislation infringe these principles?

**(c) The Principles Governing the Right to Call Defence Evidence**

It is fundamental to our system of justice that the rules of evidence should permit the judge and jury to get at the truth and properly determine the issues. This goal is reflected in the basic tenet of relevance which underlies all our rules of evidence: see *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, and *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670. In general, nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved and everything which is probative should be received, unless its exclusion can be justified on some other ground. A law which prevents the trier of fact from getting at the truth by excluding relevant evidence in the absence of a clear ground of policy or law justifying the exclusion runs afoul of our fundamental conceptions of justice and what constitutes a fair trial.

The problem which arises is that a trial is a complex affair, raising many different issues. Relevance must be determined not in a vacuum, but in relation to some issue in the trial. Evidence which may be relevant to one issue may be irrelevant to another issue. What is worse, it may actually mislead the trier of fact on the second issue. Thus the same piece of evidence may have value to the trial process but bring with it the danger that it may prejudice the fact-finding process on another issue.

The law of evidence deals with this problem by giving the trial judge the task of balancing the value of the evidence against its potential prejudice. Virtually all common law jurisdictions recognize a power in the trial judge to exclude evidence on the basis that its probative value is outweighed by the prejudice which may flow from it.

Professor McCormick, in *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2nd ed. 1972), put this prin-

mais pouvant aussi s'avérer préjudiciable? Deuxièmement, les dispositions attaquées violent-elles ces principes?

**c) Les principes régissant le droit de présenter une preuve en défense**

C'est un principe fondamental de notre système de justice que les règles de preuve doivent permettre au juge et au jury de découvrir la vérité et de bien trancher les questions en litige. Cet objectif ressort du principe fondamental de la pertinence qui est à la base de toutes nos règles de preuve: voir *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, et *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670. En règle générale, rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait à prouver et tout ce qui est probant doit être admis, à moins de devoir être exclu pour un autre motif. Une disposition législative qui empêche le juge des faits de découvrir la vérité par exclusion d'éléments de preuve pertinents sans motif clair fondé sur un principe ou une règle de droit justifiant cette exclusion va à l'encontre de nos conceptions fondamentales de la justice et de ce qui constitue un procès équitable.

Le problème est qu'un procès est une affaire complexe qui soulève des questions très diverses. Il ne faut pas examiner la question de la pertinence en vase clos, mais plutôt par rapport à certaines des questions en litige. Une preuve peut être pertinente à l'égard d'une question, mais ne pas l'être à l'égard d'une autre et, qui pis est, elle peut induire en erreur le juge des faits sur la seconde. Ainsi, une preuve peut avoir une valeur probante à l'intérieur du procès, mais risquer de porter atteinte à l'appréciation des faits sur une autre question.

Face à ce problème, le droit de la preuve confie au juge du procès le soin de déterminer la valeur probante de la preuve par rapport à son effet préjudiciable possible. Presque tous les ressorts de common law permettent au juge du procès d'exclure une preuve si sa valeur probante a moins de poids que l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir.

Le professeur McCormick, dans *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2<sup>e</sup> éd. 1972),

ciple, sometimes referred to as the concept of "legal relevancy", as follows at pp. 438-40:

Relevant evidence, then, is evidence that in some degree advances the inquiry, and thus has probative value, and is *prima facie* admissible. But relevance is not always enough. There may remain the question, is its value worth what it costs? There are several counter-balancing factors which may move the court to exclude relevant evidence if they outweigh its probative value. In order of their importance, they are these. First, the danger that the facts offered may unduly arouse the jury's emotions of prejudice, hostility or sympathy. Second, the probability that the proof and the answering evidence that it provokes may create a side issue that will unduly distract the jury from the main issues. Third, the likelihood that the evidence offered and the counter proof will consume an undue amount of time. Fourth, the danger of unfair surprise to the opponent when, having no reasonable ground to anticipate this development of the proof, he would be unprepared to meet it. Often, of course, several of these dangers such as distraction and time consumption, or prejudice and surprise, emerge from a particular offer of evidence. This balancing of intangibles—probative values against probative dangers—is so much a matter where wise judges in particular situations may differ that a leeway of discretion is generally recognized.

énonce ce principe, parfois appelé concept de la «pertinence juridique», aux pp. 438 à 440:

[TRADUCTION] Par conséquent, une preuve pertinente a est une preuve susceptible de faire avancer l'enquête, c'est donc une preuve qui a une valeur probante et qui est de prime abord admissible. Toutefois, la pertinence ne suffit pas toujours. On peut se demander si la valeur probante l'emporte sur l'effet préjudiciable. Plusieurs facteurs peuvent amener le tribunal à exclure une preuve pertinente s'ils ont plus de poids que sa valeur probante. Voici quels sont ces facteurs par ordre d'importance. Premièrement, le danger que les faits présentés soulèvent indûment chez le jury des sentiments de préjudice, d'hostilité ou de sympathie. Deuxièmement, la possibilité que la preuve et la contre-preuve soulèvent une question accessoire susceptible de détourner l'attention du jury des principales questions en litige. Troisièmement, le risque que la présentation de la preuve et de la contre-preuve occupe trop de temps. Quatrièmement, le danger que la preuve présentée surprenne l'adversaire qui, n'ayant aucun motif raisonnable de la prévoir, ne serait pas en mesure de la réfuter. Certes, plusieurs de ces dangers, notamment le fait de distraire l'attention et le temps requis ou le préjudice ou l'élément de surprise, sont souvent présents. L'établissement d'un équilibre entre ces impondérables—la valeur probante par rapport aux dangers—est tellement une question où les juges saisis d'un problème particulier peuvent différer que l'on reconnaît généralement une certaine latitude . . .

This Court has affirmed the trial judges' power to exclude Crown evidence the prejudicial effect of which outweighs its probative value in a criminal case, but a narrower formula than that articulated by McCormick has emerged. In *Wray, supra*, at p. 293, the Court stated that the judge may exclude only "evidence gravely prejudicial to the accused, the admissibility of which is tenuous, and whose probative force in relation to the main issue before the court is trifling". More recently, in *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949, at p. 953, an appeal involving a particularly difficult brand of circumstantial evidence offered by the Crown, the Court said that "admissibility will depend upon the probative effect of the evidence balanced against the prejudice caused to the accused by its admission". In *Morris, supra*, at p. 193, the Court without mentioning *Sweitzer* cited the narrower *Wray* formula. But in *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, La Forest J. (Dickson C.J. concurring) affirmed in general terms "the rule

Notre Cour a confirmé le pouvoir du juge du procès d'exclure la preuve du ministère public dont l'effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante dans une affaire criminelle, mais il en est ressorti une interprétation plus restrictive que celle formulée par McCormick. Dans l'arrêt *Wray*, précité, à la p. 293, notre Cour a déclaré que le juge peut écarter seulement «une preuve fortement préjudiciable à l'accusé et dont la recevabilité tient à une subtilité, mais dont la valeur probante à l'égard de la question fondamentale en litige est insignifiante». Plus récemment, dans l'arrêt *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949, à la p. 953, le ministère public avait présenté des preuves indirectes dont la recevabilité était particulièrement difficile à trancher; la Cour a affirmé que «la recevabilité de cette preuve sera fonction de sa valeur probante par rapport au préjudice causé à l'accusé par suite de son acceptation». Dans l'arrêt *Morris*, précité, à la p. 193, notre Cour, sans mentionner l'arrêt *Sweitzer*, a cité l'interprétation plus étroite adoptée

that the trial judge may exclude admissible evidence if its prejudicial effect substantially outweighs its probative value" (p. 531).

I am of the view that the more appropriate description of the general power of a judge to exclude relevant evidence on the ground of prejudice is that articulated in *Sweitzer* and generally accepted throughout the common law world. It may be noted that the English case from which the *Wray* formula was adopted has been superseded by more expansive formulae substantially in the language of *Sweitzer*.

The Canadian cases cited above all pertain to evidence tendered by the Crown against the accused. The question arises whether the same power to exclude exists with respect to defence evidence. 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.

These principles and procedures are familiar to all who practise in our criminal courts. They are common sense rules based on basic notions of fairness, and as such properly lie at the heart of our trial process. In short, they form part of the principles of fundamental justice enshrined in s. 7 of the *Charter*. They may be circumscribed in some cases by other rules of evidence, but as will be discussed in more detail below, the circumstances where truly relevant and reliable evidence is excluded are few, particularly where the evidence goes to the defence. In most cases, the exclusion of relevant evidence can be justified on the ground that the potential prejudice to the

dans *Wray*. Mais dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, le juge La Forest, avec l'appui du juge en chef Dickson, a confirmé en termes généraux «la règle selon laquelle le juge du procès peut écarter une

<sup>a</sup> preuve admissible si son effet préjudiciable l'emporte substantiellement sur sa valeur probante» (p. 531).

Je suis d'avis que l'interprétation la plus appropriée du pouvoir que le juge a d'écarter une preuve pertinente à cause de son caractère préjudiciable est celle adoptée dans l'arrêt *Sweitzer* et reconnue généralement dans les pays de common law. Il importe de signaler que l'arrêt anglais d'où provient la formule de l'arrêt *Wray* a été remplacé par des interprétations plus détaillées, correspondant à la formulation de l'arrêt *Sweitzer*.

<sup>b</sup> La jurisprudence canadienne susmentionnée porte dans tous les cas sur des preuves présentées par le ministère public contre l'accusé. Il faut maintenant déterminer si le juge a aussi le pouvoir d'écarter une preuve présentée par la défense. 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.

<sup>c</sup> Ces principes et procédures sont bien connus de tous ceux qui exercent devant nos tribunaux. Ces règles élémentaires fondées sur des notions fondamentales d'équité sont, à juste titre, au cœur même de notre procédure régissant les procès. Bref, elles font partie des principes de justice fondamentale consacrés à l'art. 7 de la *Charte*. Dans certains cas, leur application peut être limitée par d'autres règles de preuve; toutefois, comme nous le verrons plus en détail, rares sont les cas d'exclusion de preuves vraiment pertinentes et fiables, particulièrement lorsque ces preuves sont présentées à l'appui d'un moyen de défense. Dans la plupart des cas, on pourra justifier

trial process of admitting the evidence clearly outweighs its value.

This then is the yardstick by which ss. 276 and 277 of the *Code* are to be measured. Do they exclude evidence the probative value of which is not substantially outweighed by its potential prejudice? If so, they violate the fundamental principles upon which our justice system is predicated and infringe s. 7 of the *Charter*.<sup>a</sup>

The parties, as I understand their positions, agree on this view of the principles of fundamental justice. The Attorney General for Ontario, for the respondent, does not assert that the *Charter* permits exclusion of evidence of real value to an accused's defence. Rather, he contends that any evidence which might be excluded by ss. 276 and 277 of the *Code* would be of such trifling value in relation to the prejudice that might flow from its reception that its exclusion would enhance rather than detract from the fairness of the trial. Others who defend the legislation, do so on the ground that it does not exclude evidence relevant to the defence, that the exceptions contained in the provisions "encompass *all* potential situations where evidence of a complainant's sexual history with men other than the accused would be *relevant* to support a legitimate defence" (emphasis in original): see Grant, *supra*, at p. 601. It is to this issue, which I see as the crux of the case, which I now turn.

#### (d) The Effect of the Legislation—What Evidence is Excluded?

Section 277 excludes evidence of sexual reputation for the purpose of challenging or supporting the credibility of the plaintiff. The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness. It follows that the evidence excluded by s. 277 can serve no legitimate purpose in the trial. Section 277, by limiting the exclusion to a purpose which is clearly illegitimate, does not touch evidence

l'exclusion d'une preuve pertinente si l'effet préjudiciable que son utilisation peut avoir sur le procès l'emporte clairement sur sa valeur probante.

C'est donc en fonction de ce critère que l'on doit examiner les art. 276 et 277 du *Code*. Visent-ils l'exclusion d'une preuve dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible? Dans l'affirmative, ils violent les principes fondamentaux qui forment la base de notre système de justice et contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*.

Si je comprends bien leurs thèses, les parties sont d'accord avec cette interprétation des principes de justice fondamentale. Le procureur général de l'Ontario, pour l'intimée, ne prétend pas que la *Charte* permet d'écartier une preuve présentant une valeur réelle pour la défense de l'accusé, mais plutôt que la valeur probante de la preuve susceptible d'être écartée par les art. 276 et 277 du *Code* est si insignifiante par rapport au préjudice pouvant résulter de son utilisation que son exclusion a pour effet d'augmenter plutôt que de réduire l'équité du procès. Les autres défenseurs de ces dispositions législatives sont d'avis qu'elles ne visent pas l'exclusion de preuves pertinentes pour la défense et que les exceptions qu'elles renferment, [TRADUCTION] «englobent *tous* les cas possibles où la preuve concernant le comportement sexuel de la plaignante avec d'autres hommes que l'accusé seraient *pertinentes* relativement à une défense légitime» (en italiques dans l'original): voir Grant, précité, à la p. 601. J'examinerai maintenant ce point qui est, à mon avis, au cœur du litige.<sup>b</sup>

#### d) L'effet des dispositions législatives—La preuve exclue

L'article 277 exclut la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante. L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin. La preuve exclue en vertu de l'art. 277 ne peut donc avoir aucune fin légitime au procès. En limitant l'exclusion d'une preuve à une fin qui est clairement illégitime, l'art. 277 ne

which may be tendered for valid purposes, and hence does not infringe the right to a fair trial.

I turn then to s. 276. Section 276, unlike s. 277, does not condition exclusion on use of the evidence for an illegitimate purpose. Rather, it constitutes a blanket exclusion, subject to three exceptions—rebuttal evidence, evidence going to identity, and evidence relating to consent to sexual activity on the same occasion as the trial incident. The question is whether this may exclude evidence which is relevant to the defence and the probative value of which is not substantially outweighed by the potential prejudice to the trial process. To put the matter another way, can it be said *a priori*, as the Attorney General for Ontario contends, that any and all evidence excluded by s. 276 will necessarily be of such trifling weight in relation to the prejudicial effect of the evidence that it may fairly be excluded?

In my view, the answer to this question must be negative. The Canadian and American jurisprudence affords numerous examples of evidence of sexual conduct which would be excluded by s. 276 but which clearly should be received in the interests of a fair trial, notwithstanding the possibility that it may divert a jury by tempting it to improperly infer consent or lack of credibility in the complainant.

Consider the defence of honest belief. It rests on the concept that the accused may honestly but mistakenly (and not necessarily reasonably) have believed that the complainant was consenting to the sexual act. If the accused can raise a reasonable doubt as to his intention on the basis that he honestly held such a belief, he is not guilty under our law and is entitled to an acquittal. The basis of the accused's honest belief in the complainant's consent may be sexual acts performed by the complainant at some other time or place. Yet section 276 would preclude the accused leading such evidence.

Another category of evidence eliminated by s. 276 relates to the right of the defence to attack the credi-

vise pas la preuve susceptible d'être présentée à des fins valides et ne viole donc pas le droit à un procès équitable.

J'examinerai maintenant l'art. 276. Contrairement à l'art. 277, l'art. 276 ne fait pas reposer l'exclusion sur l'utilisation d'une preuve à une fin illégitime. Cet article est plutôt une interdiction générale assujettie à trois exceptions—la contre-preuve, la preuve relative à l'identité et la preuve relative au consentement à des rapports sexuels au moment des faits qui sont à l'origine de l'accusation. La question est de savoir si cet article peut entraîner l'exclusion d'une preuve pertinente à la défense et dont la valeur probante n'est pas nettement surpassée par son effet préjudiciable possible sur le procès. En d'autres termes, peut-on affirmer *a priori*, comme le prétend le procureur général de l'Ontario, que les preuves écartées par l'art. 276 auront nécessairement une valeur à ce point insignifiante par rapport à leur effet préjudiciable qu'elles peuvent être écartées en toute équité?

Je suis d'avis de répondre par la négative à cette question. La jurisprudence canadienne et américaine offre de nombreux exemples de preuve de conduite sexuelle qui serait écartée par l'art. 276, mais qui devrait clairement être utilisée dans le cadre d'un procès équitable, nonobstant la possibilité que le jury soit amené à conclure, à tort, à l'existence d'un consentement ou au manque de crédibilité de la plaignante.

Prenons par exemple la défense de croyance sincère. Ce moyen repose sur le concept que l'accusé peut sincèrement, mais par erreur (il ne s'agit pas nécessairement d'une croyance raisonnable), avoir cru que la plaignante consentait à l'acte sexuel. Si l'accusé peut soulever un doute raisonnable quant à son intention en se fondant sur cette croyance sincère, il n'est pas coupable en vertu de notre droit et il a droit à un acquittement. La croyance sincère de l'accusé au consentement de la plaignante peut reposer sur des actes sexuels de la plaignante accomplis à un autre moment ou à un autre endroit. L'article 276 empêcherait pourtant l'accusé de présenter ce genre de preuve.

L'article 276 permet aussi d'écartier une autre catégorie de preuve ayant trait au droit de la défense d'at-

bility of the complainant on the ground that the complainant was biased or had motive to fabricate the evidence. In *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (Or. Ct. App. 1976), a father accused of sexual acts with his young daughter sought to present evidence that the source of the accusation was his earlier discovery of the fact that the girl and her brother were engaged in intimate relations. The defence contended that when the father stopped the relationship, the daughter, out of animus toward him, accused him of the act. The father sought to lead this evidence in support of his defence that the charges were a concoction motivated by animus. Notwithstanding its clear relevance, this evidence would be excluded by s. 276. The respondent submits that the damage caused by its exclusion would not be great, because all that would be forbidden would be evidence of the sexual activities of the children, and the father could still testify that his daughter was angry with him. But surely the father's chance of convincing the jury of the validity of his defence would be greatly diminished if he were reduced to saying, in effect, "My daughter was angry with me, but I can't say why or produce any corroborating evidence." As noted above, to deny a defendant the building blocks of his defence is often to deny him the defence itself.

Other examples abound. Evidence of sexual activity excluded by s. 276 may be relevant to explain the physical conditions on which the Crown relies to establish intercourse or the use of force, such as semen, pregnancy, injury or disease—evidence which may go to consent: see Galvin, *supra*, at pp. 818-23; J. A. Tanford and A. J. Bocchino, "Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment" (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544, at pp. 584-85; D. W. Elliott, "Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties", [1984] *Crim. L. Rev.* 4, at p. 7; *State v. Carpenter*, 447 N.W.2d 436 (Minn. Ct. App. 1989), at pp. 440-42; *Commonwealth v. Majorana*, 470 A.2d 80 (Pa. 1983), at pp. 84-85; *People v. Mikula*, 269 N.W.2d 195 (Mich. Ct. App. 1978), at pp. 198-99; *State ex rel. Pope v. Superior Court*, 545 P.2d 946 (Ariz. 1976), at p. 953. In the case of young complainants where there may be a tendency to believe their story on the ground that the detail of their account must have come from the alleged encounter, it may be relevant to show other activity which pro-

taquer la crédibilité du plaignant au motif que celui-ci avait un parti pris ou avait des raisons de fabriquer une preuve. Dans l'arrêt *State v. Jalo*, 557 P.2d 1359 (C.A. Or. 1976), le père d'une fillette, accusé d'avoir eu avec elle des rapports sexuels, a cherché à présenter une preuve quant à l'origine des accusations portées, savoir le fait qu'il avait découvert que la fillette et son frère avaient des relations intimes. Selon la thèse de la défense, la fille aurait, par vengeance, porté les accusations contre son père lorsque celui-ci a mis fin à ces relations. Le père a tenté de présenter cette preuve à l'appui de sa défense. Nonobstant la très grande pertinence de cette preuve, elle serait écartée en vertu de l'art. 276. L'intimée prétend que le préjudice entraîné par l'exclusion de cette preuve ne serait pas important parce que seule la preuve des activités sexuelles des enfants serait interdite et que le père pourrait toujours établir que sa fille était fâchée contre lui. Toutefois, le père aurait beaucoup moins de chances de convaincre le jury de la validité de sa défense s'il était réduit à dire: «Ma fille était fâchée contre moi, mais je ne peux vous dire pourquoi ni produire de preuve corroborante.» Comme je l'ai déjà dit, ne pas permettre au défendeur de présenter des éléments de preuve à l'appui de sa défense équivaut souvent à lui refuser cette défense.

Les exemples abondent. Les preuves de comportement sexuel exclues par l'art. 276 peuvent servir à expliquer les faits matériels sur lesquels le ministère public se fonde pour établir l'existence de rapports sexuels ou l'usage de la force, notamment le sperme, la grossesse, les blessures ou les maladies—preuves susceptibles de toucher la question même du consentement: voir Galvin, précité, aux pp. 818 à 823; J. A. Tanford et A. J. Bocchino, «Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment» (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544, aux pp. 584 et 585; D. W. Elliott, «Rape Complainants' Sexual Experience with Third Parties», [1984] *Crim. L. Rev.* 4, à la p. 7; *State v. Carpenter*, 447 N.W.2d 436 (C.A. Minn. 1989), aux pp. 440 à 442; *Commonwealth v. Majorana*, 470 A.2d 80 (Pa. 1983), aux pp. 84 et 85; *People v. Mikula*, 269 N.W.2d 195 (C.A. Mich. 1978), aux pp. 198 et 199; *State ex rel. Pope v. Superior Court*, 545 P.2d 946 (Ariz. 1976), à la p. 953. Dans le cas où le tribunal peut avoir tendance à croire la version d'un jeune plaignant au motif que les détails donnés

vides an explanation for the knowledge: see *R. v. LeGallant* (1985), 47 C.R. (3d) 170 (B.C.S.C.), at pp. 175-76; *R. v. Greene* (1990), 76 C.R. (3d) 119 (Ont. Dist. Ct.), at p. 122; *State v. Pulizzano*, 456 N.W. 2d 325 (Wis. 1990), at pp. 333-35; *Commonwealth v. Black*, 487 A.2d 396 (Pa. Super. Ct. 1985), at p. 400, fn. 10; *State v. Oliveira*, 576 A.2d 111 (R.I. 1990), at pp. 113-14; *State v. Carver*, 678 P.2d 842 (Wash. Ct. App. 1984); *State v. Howard*, 426 A.2d 457 (N.H. 1981); *State v. Reinart*, 440 N.W.2d 503 (N.D. 1989); *Summitt v. State*, 697 P.2d 1374 (Nev. 1985).

doivent certainement se rapporter au prétendu incident, il peut s'avérer pertinent de faire la preuve d'autres activités qui expliquent comment ce jeune plaignant aurait pu acquérir cette connaissance: voir *R. v. LeGallant* (1985), 47 C.R. (3d) 170 (C.S.C.-B.), aux pp. 175 et 176; *R. v. Greene* (1990), 76 C.R. (3d) 119 (C. dist. Ont.), à la p. 122; *State v. Pulizzano*, 456 N.W. 2d 325 (Wis. 1990), aux pp. 333 à 335; *Commonwealth v. Black*, 487 A.2d 396 (Pa. Super. Ct. 1985), à la p. 400, n. 10; *State v. Oliveira*, 576 A.2d 111 (R.I. 1990), aux pp. 113 et 114; *State v. Carver*, 678 P.2d 842 (C.A. Wash. 1984); *State v. Howard*, 426 A.2d 457 (N.H. 1981); *State v. Reinart*, 440 N.W.2d 503 (N.D. 1989); *Summitt v. State*, 697 P.2d 1374 (Nev. 1985).

Il peut parfois être fort pertinent de présenter une preuve concernant un mode de comportement habituel.

*d* Puisque l'utilisation de cette preuve sur le comportement sexuel antérieur se fonde sur l'inférence que le comportement antérieur suppose un comportement postérieur similaire, elle ressemble beaucoup à l'utilisation interdite de la preuve et doit être examinée soigneusement, *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315 (C.A. Alb.), aux pp. 339 et 340; *Re Seaboyer and The Queen* (1987), 61 O.R. 290 (C.A.), à la p. 300; Tanford et Bocchino, précité, aux pp. 586-89; Galvin, *supra*, at pp. 831-48; Elliott, *supra*, at pp. 7-8; A. P. Ordover, «Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity» (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90, at pp. 112-19; *Winfield v. Commonwealth*, 301 S.E.2d 15 (Va. 1983), at pp. 19-21; *State v. Shoffner*, 302 S.E.2d 830 (N.C. Ct. App. 1983), at pp. 832-33; *State v. Gonzalez*, 757 P.2d 925 (Wash. 1988), at pp. 929-31; *State v. Hudlow*, 659 P.2d 514 (Wash. 1983), at p. 520. Toutefois, ce genre de preuve peut être admissible dans des affaires à caractère non sexuel en vertu de la règle des faits similaires. Est-il juste alors de refuser à un accusé le droit de présenter ce genre de preuve simplement parce que le procès porte sur une infraction d'ordre sexuel? Examinons l'exemple donné par Tanford et Bocchino, précité, à la p. 588, qui commentent la situation aux États-Unis:

*j* [TRADUCTION] Une femme prétend qu'elle a été violée. L'homme qu'elle accuse soutient qu'elle est une prostituée qui, pour 20 \$, a consenti aux rapports sexuels; elle

Even evidence as to pattern of conduct may on occasion be relevant. Since this use of evidence of prior sexual conduct draws upon the inference that prior conduct infers similar subsequent conduct, it closely resembles the prohibited use of the evidence and must be carefully scrutinized: *R. v. Wald* (1989), 47 C.C.C. (3d) 315 (Alta. C.A.), at pp. 339-40; *Re Seaboyer and The Queen* (1987), 61 O.R. 290 (C.A.), at p. 300; Tanford and Bocchino, *supra*, at pp. 586-89; Galvin, *supra*, at pp. 831-48; Elliott, *supra*, at pp. 7-8; A. P. Ordover, "Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity" (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90, at pp. 112-19; *Winfield v. Commonwealth*, 301 S.E.2d 15 (Va. 1983), at pp. 19-21; *State v. Shoffner*, 302 S.E.2d 830 (N.C. Ct. App. 1983), at pp. 832-33; *State v. Gonzalez*, 757 P.2d 925 (Wash. 1988), at pp. 929-31; *State v. Hudlow*, 659 P.2d 514 (Wash. 1983), at p. 520. Yet such evidence might be admissible in non-sexual cases under the similar fact rule. Is it fair then to deny it to an accused, merely because the trial relates to a sexual offence? Consider the example offered by Tanford and Bocchino, *supra*, at p. 588, commenting on the situation in the United States:

A woman alleges that she was raped. The man she has accused of the act claims that she is a prostitute who agreed to sexual relations for a fee of twenty dollars,

and afterwards, threatening to accuse him of rape, she demanded an additional one hundred dollars. The man refused to pay the extra amount. She had him arrested for rape, and he had her arrested for extortion. In the extortion trial, the state would be permitted to introduce evidence of the woman's previous sexual conduct—the testimony of other men that, using the same method, she had extorted money from them. When the woman is the complaining witness in the rape prosecution, however, evidence of this *modus operandi* would be excluded in most states. The facts are the same in both cases, as is the essential issue whether the woman is a rape victim or a would-be extortionist. Surely the relevance of the testimony should also be identical. If the woman's sexual history is relevant enough to be admitted against her when she is a defendant, entitled to the protections of the Constitution, then certainly it is relevant enough to be admitted in a trial at which she is merely a witness, entitled to no constitutional protection. Relevance depends on the issues that must be resolved at trial, not on the particular crime charged.

These examples leave little doubt that s. 276 has the potential to exclude evidence of critical relevance to the defence. Can it honestly be said, as the Attorney General for Ontario contends, that the value of such evidence will always be trifling when compared with its potential to mislead the jury? I think not. The examples show that the evidence may well be of great importance to getting at the truth and determining whether the accused is guilty or innocent under the law—the ultimate aim of the trial process. They demonstrate that s. 276, enacted for the purpose of helping judges and juries arrive at the proper and just verdict in the particular case, overshoots the mark, with the result that it may have the opposite effect of impeding them in discovering the truth.

The conclusion that s. 276 overreaches is supported by consideration of how it impacts on the justifications for s. 276 set out above. The first and most important justification for s. 276 is that it prevents the judge or jury from being diverted by irrelevant evidence of other sexual conduct of the complainant which will unfairly prejudice them against the complainant and thus lead to an improper verdict. Accepting that evidence that diverts the trier of fact

*a* l'aurait ensuite menacé de l'accuser de viol s'il ne lui remettait pas 100 \$ de plus. L'homme a refusé de payer cette somme additionnelle. La femme le fait arrêter pour viol et il la fait arrêter pour extorsion. Dans le procès pour extorsion, le ministère public aurait le droit de présenter une preuve concernant le comportement sexuel antérieur de la femme—d'autres hommes pourraient témoigner qu'elle leur a extorqué de l'argent de la même façon. Toutefois, dans le procès pour viol où la femme se trouve témoin et plaignante, la preuve de ce *modus operandi* serait écartée dans la plupart des États. Les faits sont les mêmes dans les deux cas, de même que la question en litige, que la femme se trouve victime d'un viol ou auteur d'une prétentue extorsion. La pertinence des témoignages devrait également être la même dans les deux cas. Si le comportement sexuel antérieur de la femme est suffisamment pertinent pour être admis contre elle au cours du procès où elle est défenderesse, ayant alors droit de bénéficier des protections offertes par la Constitution, cette preuve devrait certainement être suffisamment pertinente pour être admise au cours du procès où elle est simplement un témoin, n'ayant droit à aucune protection constitutionnelle. La pertinence dépend des questions à trancher au cours du procès et non pas du crime dont la personne est accusée.

*b* Ces exemples font clairement ressortir que l'art. 276 risque d'écarte une preuve fort pertinente pour la défense. Peut-on honnêtement affirmer, comme le procureur général de l'Ontario, que la valeur de cette preuve sera toujours insignifiante par rapport au risque d'induire le jury en erreur? Je ne le crois pas. Ces exemples indiquent que cette preuve peut être très importante pour découvrir la vérité et déterminer si l'accusé est coupable ou innocent en vertu de la loi—l'objectif ultime du procès. En outre, ils montrent que l'art. 276, dont l'adoption visait à aider le juge et le jury à arriver au verdict juste, dépasse le but visé puisqu'il peut avoir l'effet contraire et les empêcher de découvrir la vérité.

*c* L'examen des répercussions de l'art. 276 sur les justifications mentionnées plus haut permet aussi de conclure que cet article va trop loin. La première et la plus importante de ces justifications est que l'art. 276 vise à empêcher le juge et le jury d'être influencés par des preuves non pertinentes d'autres activités sexuelles de la plaignante, qui les préviendront contre elle et conduiront à un verdict incorrect. On peut accepter que des preuves qui détournent l'attention

from the real issue and prejudices the chance of a true verdict can properly be excluded even if it possesses some relevance, the fact remains that a provision which categorically excludes evidence without permitting the trial judge to engage in the exercise of whether the possible prejudicial effect of the evidence outweighs its value to the truth-finding process runs the risk of overbreadth: see Doherty, *supra*, at p. 65.

du juge des faits de la véritable question en litige et diminuent les chances d'un verdict correct puissent être écartées à bon droit même si elles ont une certaine pertinence, mais le fait demeure qu'une disposition qui exclut catégoriquement une preuve sans permettre au juge du procès de déterminer si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur dans le processus de découverte de la vérité risque d'avoir une trop grande portée: voir Doherty, précité, à la p. 65.

The argument based on the reporting of sexual offences similarly fails to justify the wide reach of s. 276. As Doherty points out at p. 65, it is counter-productive to encourage reporting by a rule which impairs the ability of the trier of fact to arrive at a just result and determine the truth of the report. Reporting is but the first step in the judicial process, not an end in itself. But even if it is assumed that increased reporting will result in increased convictions, the argument is unpersuasive. Elliott, at p. 14, discounts this justification for prohibitions of relevant evidence on the ground that it "cross[es] a hitherto uncrossed line" to rule out legitimate tactics which may help an innocent man escape conviction. To accept that persuasive evidence for the defence can be categorically excluded on the ground that it may encourage reporting and convictions is, Elliott points out, to say either (a) that we assume the defendant's guilt; or (b) that the defendant must be hampered in his defence so that genuine rapists can be put down. Neither alternative conforms to our notions of fundamental justice.

L'argument selon lequel l'art. 276 vise à inciter au dépôt de plaintes en matière d'infractions d'ordre sexuel ne permet pas non plus d'en justifier la large portée. Comme l'indique Doherty à la p. 65, il ne sert à rien d'inciter au dépôt d'une plainte au moyen d'une règle qui empêche le juge des faits d'arriver à un résultat équitable et d'établir la véracité de la plainte. Le dépôt d'une plainte n'est que la première étape du processus judiciaire, non une fin en soi. Toutefois, même si l'on suppose qu'un accroissement du nombre de plaintes puisse donner lieu à un accroissement du nombre de déclarations de culpabilité, cet argument n'est pas convaincant. Elliott, à la p. 14, écarte ce moyen de justifier l'interdiction de preuves pertinentes au motif que [TRADUCTION] «l'on franchit ainsi une ligne jamais franchie jusqu'ici» pour écarter des tactiques légitimes susceptibles d'aider une personne innocente à échapper à la condamnation. Accepter que des preuves convaincantes à l'appui de la défense puissent être catégoriquement exclues parce que cette exclusion peut inciter au dépôt de plaintes et accroître le nombre de déclarations de culpabilité, c'est soutenir, comme l'indique Elliott, a) que l'on suppose que le défendeur est coupable ou b) que le défendeur doit être gêné dans sa défense pour que les véritables agresseurs sexuels puissent être condamnés. Ni l'une ni l'autre de ces affirmations n'est compatible avec nos notions de justice fondamentale.

Finally, the justification of maintaining the privacy of the witness fails to support the rigid exclusionary rule embodied in s. 276 of the *Code*. First, it can be argued that important as it is to take all measures possible to ease the plight of the witness, the constitutional right to a fair trial must take precedence in case of conflict. As Doherty puts it (at p. 66):

Enfin, la protection de la vie privée du témoin ne permet pas non plus de justifier la règle stricte d'inadmissibilité prévue à l'art. 276 du *Code*. Premièrement, on peut soutenir que s'il est important de prendre toutes les mesures possibles pour protéger le témoin, il faut, en cas de conflit, que le droit constitutionnel à un procès équitable l'emporte. Voici ce que dit Doherty (à la p. 66):

Every possible procedural step should be taken to minimize the encroachment on the witness's privacy, but in the end if evidence has sufficient cogency the witness must endure a degree of embarrassment and perhaps psychological trauma. This harsh reality must be accepted as part of the price to be paid to ensure that only the guilty are convicted.

Secondly, s. 276 goes further than required to protect privacy because it fails to permit an assessment of the effect on the witness of the evidence—an effect which may be great in some cases and small in others—in relation to the cogency of the evidence.

The failings of s. 276 are inherent in its concept. Commentators have identified two fundamental flaws in rape-shield provisions similar to s. 276. The first is that such provisions fail to distinguish between the different purposes for which evidence may be tendered. The legislation may misdefine the evil to be addressed as evidence of sexual activity, when in fact the evil to be addressed is the narrower evil of the misuse of evidence of sexual activity for irrelevant and misleading purposes, namely the inference that the complainant consented to the act or that she is an unreliable witness. The result of this misdefinition of the problem is a blanket prohibition of evidence of sexual activity, regardless of whether the evidence is tendered for an illegitimate purpose or for a valid one. This defect is noted by Professor Galvin in her analysis of the various statutes in force in the United States (at p. 812):

The basic problem with existing rape-shield legislation is its failure to distinguish between benign and invidious uses of sexual conduct evidence. This failure stems from a misperception by the drafters of the precise wrong to be redressed by reform legislation. The result is not merely bad evidence law; in many instances, the result is constitutional problems that stem from unnecessarily broad enactments. These various problems could have been avoided . . . if the legislators had clearly understood the underlying evidentiary concepts and had properly incorporated those concepts in the rape-shield statutes.

[TRADUCTION] On doit veiller à ce que soient prises toutes les mesures procédurales possibles permettant de minimiser l'atteinte à la vie privée du témoin; toutefois, si la preuve est suffisamment forte, le témoin doit supporter un certain degré d'embarras, voire un traumatisme psychologique. Cette dure réalité doit être acceptée comme une partie du prix à payer pour que seuls les coupables soient condamnés.

Deuxièmement, l'art. 276 va au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer la protection de la vie privée puisqu'il ne permet pas une évaluation des répercussions de la preuve sur le témoin—importantes dans certains cas et minimes dans d'autres—par rapport à la force de la preuve.

Les lacunes de l'art. 276 sont propres au concept qu'il renferme. Les commentateurs ont conclu que les dispositions semblables à l'art. 276 comportent deux lacunes fondamentales. Premièrement, ces dispositions ne permettent pas d'établir une distinction entre les divers objets pour lesquels la preuve peut être présentée. La disposition peut définir erronément le problème comme ayant trait à la présentation d'une preuve de comportement sexuel, alors qu'en réalité le problème touche seulement la mauvaise utilisation de ce genre de preuve à des fins non pertinentes et trompeuses, savoir l'inférence que la plaignante a consenti aux rapports sexuels ou qu'elle est un témoin peu fiable. Cette description erronée du problème aboutit à l'interdiction générale de toute preuve de comportement sexuel, qu'elle soit présentée à une fin illégitime ou valide. Ce problème est relevé par le professeur Galvin dans son analyse des diverses lois en vigueur aux États-Unis (à la p. 812):

[TRADUCTION] Le problème fondamental des textes législatifs visant la protection des victimes de viol est qu'ils n'établissent pas de distinction entre l'utilisation inoffensive et préjudiciable de la preuve sur le comportement sexuel. Cette lacune découle du fait que les rédacteurs ont mal perçu le problème précis que devait régler la disposition corrective. Non seulement on se retrouve avec de mauvaises règles de preuve, mais, dans de nombreux cas, surviennent des problèmes constitutionnels découlant de textes législatifs d'une portée inutilement large. Ces différents problèmes auraient pu être évités . . . si le législateur avait bien compris les concepts de preuve fondamentaux et les avait bien incorporés dans les textes législatifs visant la protection des victimes de viol.

Section 276 takes the form of a basic prohibition of evidence of other sexual activity, regardless of the purpose for which it is tendered. It then stipulates three exceptions—evidence to rebut prosecution evidence of sexual activity; evidence tending to establish the identity of the person who committed the act; and evidence of sexual activity on the same occasion relating to consent. While there is some concession to the need to permit evidence of sexual activity for legitimate purposes, the exceptions exclude other purposes where the evidence would not be merely misleading, but truly relevant and helpful. In so far as they do so, the legislation falls into the trap identified by Professor Galvin.

A second and related criticism of provisions such as s. 276 is that they adopt a “pigeon-hole” approach which is incapable of dealing adequately with the fundamental evidentiary problem at stake, that of determining whether or not the evidence is truly relevant, and not merely irrelevant and misleading. This amounts, in effect, to predicting relevancy on the basis of a series of categories. Courts and scholars frequently have alluded to the impossibility of predicting relevance in advance by a series of rules or categories. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at pp. 370-71, Sopinka J., speaking for the majority of this Court, stated:

It is difficult and arguably undesirable to lay down stringent rules for the determination of the relevance of a particular category of evidence. Relevance is very much a function of the other evidence and issues in a case. Attempts in the past to define the criteria for the admission of similar facts have not met with much success . . . The test must be sufficiently flexible to accommodate the varying circumstances in which it must be applied.

Scholars have criticized rape-shield legislation adopting the format of a blanket exclusion supplemented by exceptions on the ground that this approach is inherently incapable of permitting the Court sufficient latitude to properly determine relevance in the individual case. Professor Galvin says of

L’article 276 interdit fondamentalement la présentation de preuve sur d’autres comportements sexuels, quelle que soit la fin ainsi recherchée. Cette interdiction est ensuite assujettie à trois exceptions: la preuve qui repousse une preuve de comportement sexuel présentée par la poursuite, la preuve présentée dans le but d’établir l’identité de l’auteur de l’acte et la preuve de comportement sexuel survenu à la même occasion, relativement au consentement. Bien que l’on reconnaisse la nécessité de permettre la présentation à des fins légitimes d’une preuve concernant le comportement sexuel, les exceptions excluent d’autres fins où la preuve ne serait pas simplement trompeuse, mais fort pertinente et utile. Dans ce cas, la disposition tombe dans le piège mentionné par le professeur Galvin.

Une deuxième critique, connexe, formulée à l’endroit de dispositions comme l’art. 276 est qu’elles préconisent une «compartimentation» des éléments de preuve, qui ne permet pas de trancher de façon appropriée le problème de preuve fondamental en cause, c’est-à-dire déterminer si la preuve est réellement pertinente et non simplement sans objet et trompeuse. Cela équivaut à prédire la pertinence en fonction d’une série de catégories. Les tribunaux et les commentateurs ont fréquemment parlé de l’impossibilité de prédire la pertinence au moyen d’une série de règles ou de catégories. Dans l’arrêt *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, aux pp. 370 et 371, le juge Sopinka, au nom de la majorité, dit:

Il est difficile et peut-on prétendre peu souhaitable de formuler des règles strictes pour servir à déterminer la pertinence d’une catégorie particulière de preuve. La pertinence dépend beaucoup des autres éléments de preuve et des autres points en litige dans une affaire. Les tentatives pour définir par le passé les critères d’admission de faits similaires n’ont pas connu beaucoup de succès. [...] Le critère doit présenter suffisamment de souplesse pour s’adapter aux circonstances diverses dans lesquelles il doit être appliqué.

Des commentateurs ont critiqué les dispositions législatives sur la protection des victimes de viol qui comportent une interdiction générale assortie d’exceptions parce que, selon eux, cette méthode n’offre pas au tribunal suffisamment de latitude pour déterminer correctement la pertinence dans un cas donné.

this type of provision (the "Michigan" model), at p. 814:

... many of the statutes fail to afford the accused the opportunity to present sexual conduct evidence which is indisputably relevant and necessary to the presentation of a legitimate defense theory. On one level, the problem is simply a failure to codify a sufficient number of exceptions; the case law amply demonstrates the need to amend many of these statutes by providing more bases for admitting sexual conduct evidence. More significant, however, is the fact that the common element linking each of these relevant uses of sexual conduct evidence seems to have escaped the notice of the drafters—none requires reliance on the invidious common-law notions that a woman's consent to sexual relations with one man implies either consent to relations with others or a lack of credibility.

In short, the problem with legislation like s. 276, as Professor Galvin sees it, is its failure to rely on the governing concept of whether the evidence is being tendered for an irrelevant, illegitimate purpose, and its reliance instead on categories of admissible evidence which can never anticipate the multitude of circumstances which may arise in trials for sexual offences. The failing is summed up succinctly by Doherty, *supra*, at p. 57, where he characterizes s. 276 as calling for "a mechanical 'pigeon-holing' approach to the question of admissibility based on criteria which may in a given case have little to do with the potential value of the evidence."

To summarize, s. 276 has the potential to exclude otherwise admissible evidence which may in certain cases be relevant to the defence. Such evidence is excluded absolutely, without any means of evaluating whether in the circumstances of the case the integrity of the trial process would be better served by receiving it than by excluding it. Accepting that the rejection of relevant evidence may sometimes be justified for policy reasons, the fact remains that s. 276 may operate to exclude evidence where the very policy which imbues the section—finding the truth and arriving at the correct verdict—suggests the evidence should be received. Given the primacy in our system of justice of the principle that the innocent should not

Voici ce que dit le professeur Galvin à la p. 814, au sujet du modèle «Michigan»:

[TRADUCTION] ... un grand nombre de ces lois ne permettent pas à l'accusé de présenter de preuve sur le comportement sexuel, qui est sans conteste pertinente et nécessaire à l'appui d'une défense légitime. D'une part, le problème est tout simplement une omission de codifier un nombre suffisant d'exceptions; la jurisprudence illustre amplement la nécessité de modifier un grand nombre de ces lois pour que puisse être admise plus souvent la preuve sur le comportement sexuel. Toutefois, il est encore plus important de signaler que les rédacteurs ne semblent pas avoir vu le lien commun entre chacune de ces utilisations pertinentes de la preuve portant sur le comportement sexuel—c'est-à-dire qu'il n'est jamais fait mention de la notion désobligeante de common law selon laquelle le consentement d'une femme à des rapports sexuels avec un homme laisse supposer qu'elle a consenti à des rapports avec d'autres ou qu'elle manque de crédibilité.

Bref, selon le professeur Galvin, le problème que présente une disposition comme l'art. 276 est qu'elle ne s'appuie pas sur la notion primordiale de pertinence et de validité de la fin visée mais plutôt sur des catégories de preuves admissibles qui ne peuvent jamais prévoir la multitude de situations pouvant se présenter dans des procès pour des infractions d'ordre sexuel. Doherty, précité, décrit succinctement cette lacune à la p. 57, où il dit que l'art. 276 exige [TRADUCTION] «une démarche de «compartimentation» mécanique face à la question de l'admissibilité fondée sur des critères qui, dans un cas donné, peuvent avoir peu de rapport avec la valeur potentielle de la preuve.»

En résumé, l'art. 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve, par ailleurs admissible, susceptible dans certains cas d'être pertinente pour la défense. Il s'agit d'une interdiction absolue qui ne permet pas d'évaluer si, dans les circonstances de l'affaire, l'intégrité du procès ne serait pas mieux assurée par la réception de cette preuve que par son exclusion. Si l'on accepte qu'il peut parfois être justifié d'exclure des preuves pertinentes pour des raisons de principe, le fait demeure que l'art. 276 peut entraîner l'exclusion d'une preuve dans des cas où le principe même qui sous-tend la disposition—découvrir la vérité et arriver au bon verdict—indiquerait que cette preuve devrait être admise. Étant donné que notre système de

be convicted, the right to present one's case should not be curtailed in the absence of an assurance that the curtailment is clearly justified by even stronger contrary considerations. What is required is a law which protects the fundamental right to a fair trial while avoiding the illegitimate inferences from other sexual conduct that the complainant is more likely to have consented to the act or less likely to be telling the truth.

#### (e) Other Rules of Evidence

It was suggested that s. 276 is only one of many rules of evidence which limit the right to present relevant defence evidence. The rules against hearsay, opinion, and character evidence, as well as the rules of privilege, undeniably limit the right to call evidence. The presence of such rules, it is argued, suggests that rules categorically prohibiting evidence that may be relevant to the defence are not contrary to the principles of fundamental justice nor to our notions of what constitutes a fair trial.

This argument rests on the assumption that rules of evidence commonly exclude evidence relevant to the defence, the value of which is not substantially outweighed by its prejudice. A closer examination of the rules, however, casts doubt on this proposition. In fact, the exclusionary rules of evidence are based on the justification that the evidence excluded is likely to do more harm than good to the trial process. Moreover, these rules, as they have developed in recent years, admit of a great deal of flexibility, allowing considerable discretion to the trial judge to admit evidence in cases where the value of the evidence outweighs its potential prejudice.

Consider the hearsay rule. At one time it was seen as an absolute prohibition subject to a number of limited, rigidly defined exceptions. In this respect, it resembled s. 276 of the *Criminal Code*. But in more recent times, this inflexible approach has been replaced by an approach which allows more discretion to the trial judge. Thus this Court in *Ares v. Ven-*

justice

<sup>a</sup> repose sur le principe qu'une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable, son droit d'exposer sa cause ne devrait pas être restreint en l'absence d'une garantie que cette restriction est clairement justifiée par des considérations contraires encore plus importantes. Il faut une règle qui protège le droit fondamental à un procès équitable, mais qui ne permet pas de déduire sans motif légitime que la plaignante, à cause d'un comportement sexuel antérieur, est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte ou moins susceptible de dire la vérité.

#### e) Les autres règles de preuve

<sup>c</sup> On prétend que l'art. 276 n'est qu'une des nombreuses règles de preuve qui restreignent le droit de présenter une preuve pertinente en défense. Par exemple, les règles contre le oui-dire, le témoignage d'opinion et la preuve de moralité ainsi que les règles ayant trait au privilège restreignent incontestablement le droit de présenter une preuve. On allègue que l'existence même de ces règles indique qu'il n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale ni à notre conception du procès équitable, d'interdire catégoriquement la présentation d'une preuve susceptible d'être pertinente pour la défense.

<sup>f</sup> Cet argument repose sur l'hypothèse que des règles de preuve excluent fréquemment des éléments de preuve pertinents pour la défense, dont la valeur probante ne l'emporte pas sensiblement sur leur effet préjudiciable. Un examen plus attentif de ces règles permet toutefois de douter de cette proposition. En fait, la justification des règles d'exclusion de preuve est que la preuve exclue est susceptible d'avoir sur le procès un effet plus préjudiciable que salutaire. Par ailleurs, au cours des dernières années, ces règles sont devenues très souples, de sorte que le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire important lorsqu'il s'agit d'admettre des éléments de preuve dont la valeur probante l'emporte sur le préjudice possible.

<sup>i</sup> Prenons par exemple la règle du oui-dire. À une certaine époque, la preuve par oui-dire était absolument interdite, sous réserve d'un certain nombre de catégories d'exceptions strictement définies. Cette règle ressemblait à cet égard à l'art. 276 du *Code criminel*. Toutefois, au cours des dernières années, cette rigidité a été remplacée par une plus grande latitude

ner, [1970] S.C.R. 608, held that old categories are no longer exclusive and that hearsay evidence which does not fall within one of the traditional exceptions may be received if it is (a) necessary, and (b) reliable. This approach was recently affirmed by this Court in *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531. The reason for the change was simple. The judges perceived that the rules of evidence were unfairly restricting the right to bring relevant and helpful evidence before the court, thereby undermining the ability of the court to find the truth and do justice. So the courts broadened the rule to conform to their sense of justice by permitting judges convinced of the reliability and trustworthiness of the evidence to admit it despite its failure to conform to the traditional exceptions to the hearsay rule.

The same is true of privilege. Courts have held that informer and solicitor and client privilege do not apply where the effect would be to prevent the defendant on a criminal charge from bringing forward relevant evidence: *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, *supra*; *R. v. Dunbar and Logan*, *supra*.

The law relating to opinion evidence similarly stops far short of absolute exclusion. The opinion evidence rule is less a rule of exclusion than a means of setting certain conditions for the reception of evidence which might otherwise be unreliable—evidence which, moreover, is usually collateral to the issues of fact involved in the case and which may arguably infringe on the role of the trier of fact of drawing inferences from the facts as found. Provided the witness can be shown to be qualified to give the opinion and provided the opinion is relevant and does not trench unduly on the judge's or jury's ultimate task, it may be received. Again, in practice considerable discretion rests with the trial judge in weighing the proper considerations in the particular case.

Similarly, character evidence may be received on a criminal trial where its relevance outweighs its

laissée au juge de première instance. Dans l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608, notre Cour a statué que les anciennes catégories de preuve ne sont plus absolues et que la preuve par ouï-dire, qui ne relève pas des exceptions traditionnelles, pouvait être admise une fois établie a) sa nécessité et b) sa fiabilité. Cette attitude a récemment été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531. La raison de ce changement est simple. Les juges se sont rendu compte que les règles de preuve restreignaient injustement le droit de produire des éléments de preuve pertinents et utiles et portaient ainsi atteinte à la capacité du tribunal de découvrir la vérité et de rendre justice. Les tribunaux ont donc élargi la règle pour répondre à leur sens de la justice en permettant aux juges convaincus de la fiabilité et de l'exactitude d'une preuve de l'admettre même si elle ne relève pas des exceptions traditionnelles à la règle du ouï-dire.

Il en est de même du privilège. Les tribunaux ont statué que le privilège à l'égard des indicateurs de police et celui du secret professionnel de l'avocat ne jouent pas lorsque leur application empêcherait la défense, dans un procès criminel, de présenter des éléments de preuve pertinents: *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, précité; *R. v. Dunbar and Logan*, précité.

Le témoignage d'opinion est lui aussi loin d'être interdit de façon absolue. La règle à cet égard constitue moins une règle d'exclusion qu'un moyen d'établir certaines conditions de recevabilité d'une preuve qui par ailleurs pourrait ne pas être fiable—le témoignage d'opinion est habituellement incident aux questions de fait et on peut soutenir que le témoin usurpe ainsi le rôle du juge des faits de tirer des conclusions à partir des faits constatés. Si le témoin a les qualités requises pour donner une opinion et si l'opinion est pertinente et n'empiète pas indûment sur le rôle ultime du juge ou du jury, elle peut être recevable. En pratique, le juge du procès jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire dans la pondération des considérations pertinentes dans chaque cas.

De même, la preuve de moralité peut être admise dans un procès criminel quand sa pertinence l'em-

prejudice. The effect of s. 276 may be to exclude such evidence. Consider evidence as to the conduct of the accused on other occasions, sometimes called evidence of similar acts. The law has abandoned the former category approach to similar fact evidence and now permits evidence of similar prior acts, notwithstanding the inference of disposition or character which may be drawn from them, provided their relevance to a specific feature of the case outweighs their prejudicial value. The determination is made by the trial judge on the facts of the particular case. Section 276, on the other hand, excludes evidence of similar sexual acts categorically, without any consideration of the probative value of the evidence in relation to its potential for prejudice.

The common law rules of evidence may not be perfect. Certainly, the rules relating to evidence of sexual conduct which s. 276 abolished often operated unfairly. At the same time, the more flexible approach which the courts of late have taken in decisions on the rules of evidence reflects a keen sensibility to the need to receive evidence which has real probative force in the absence of overriding countervailing considerations. The problem with s. 276 is that it may operate to exclude relevant evidence where there are no countervailing considerations capable of outweighing the value of the evidence.

For these reasons, I cannot accept the argument that the common law approach to the rules of evidence supports the constitutionality of s. 276 of the *Criminal Code*.

#### (f) Other Jurisdictions

In support of the contention that s. 276 of the *Code* does not infringe the principles of fundamental justice or the right to a fair trial, it is argued that provisions similar to s. 276 have been upheld in other jurisdictions.

The first point to note is that s. 276 is among the most draconian approaches to the problem of eradicating improper inferences as to consent and credibility from the evidence of the sexual activities of the

partie sur le préjudice qu'elle peut causer. L'article 276 peut avoir pour effet d'exclure une telle preuve. Mentionnons la preuve relative à la conduite de l'accusé en d'autres occasions, que l'on appelle parfois la preuve de faits similaires. L'ancienne approche catégorielle à l'égard de la preuve de faits similaires a été abandonnée en droit et il est maintenant possible de présenter une preuve d'actes similaires, malgré la conclusion de prédisposition ou de moralité qu'on peut en tirer, pourvu que la pertinence de cette preuve à l'égard d'un élément particulier de l'affaire l'emporte sur son effet préjudiciable. Le juge du procès décide à cet égard suivant les faits de l'espèce. Par contre, l'art. 276 exclut catégoriquement toute preuve d'actes similaires de comportement sexuel, quelle que soit la valeur probante de cette preuve par rapport à son effet préjudiciable possible.

Les règles de common law en matière de preuve peuvent ne pas être parfaites. L'application des règles de preuve sur le comportement sexuel, que l'art. 276 a abolies, avait souvent des conséquences inéquitables. Par ailleurs, l'attitude plus souple que les tribunaux ont récemment adoptée dans des décisions en matière de preuve indique qu'ils sont particulièrement sensibles à la nécessité de recevoir une preuve d'une valeur probante réelle en l'absence d'autres considérations dominantes. Le problème de l'art. 276 est qu'il peut entraîner l'exclusion d'une preuve pertinente en l'absence d'autres considérations susceptibles de l'emporter sur sa valeur probante.

Pour ces motifs, je ne peux accepter l'argument que la démarche de la common law en matière de règles de preuve appuie la constitutionnalité de l'art. 276 du *Code criminel*.

#### *f) Les autres ressorts*

À l'appui de la prétention que l'art. 276 du *Code* ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale ou au droit à un procès équitable, on allègue que des dispositions analogues à l'art. 276 ont été confirmées dans d'autres ressorts.

Le premier point à signaler est que l'art. 276 constitue la réponse la plus draconienne au problème de l'élimination d'inférences inappropriées quant au consentement et à la crédibilité tirées de la preuve

complainant. Section 276 follows the so-called "Michigan" model, which consists in a general prohibition followed by a series of exceptions. The Michigan model is generally regarded as the most invasive of the rape-shield laws in so far as it admits of no judicial discretion to receive relevant evidence which may not fall into the enumerated exceptions. Provisions in England, Australia and many of the United States generally allow for some measure of judicial discretion to deal with the impossibility of foreseeing all eventualities and avoiding the unfairness of excluding evidence which may be highly relevant to the defence. Professor Galvin, at pp. 876-902, identifies three other types of rape-shield provisions found in the United States and elsewhere—the "Texas", "federal", and "California" models—which all provide for some judicial discretion.

concernant le comportement sexuel du plaignant. Le libellé de l'art. 276 suit le modèle dit «Michigan», c'est-à-dire qu'il comprend une interdiction générale assortie d'une série d'exceptions. Une disposition établie suivant ce modèle est généralement considérée comme la plus restrictive des dispositions sur la protection des victimes de viol en ce qu'elle ne laisse aux juges aucune latitude quant à l'utilisation d'une preuve pertinente qui pourrait ne pas faire partie des exceptions énumérées. En Angleterre, en Australie et dans de nombreux États américains, les tribunaux disposent généralement d'un certain pouvoir discrétionnaire leur permettant de se prononcer relativement à un cas non prévu; ils peuvent de ce fait éviter que l'exclusion d'une preuve fort pertinente pour la défense n'entraîne une situation inéquitable. Le professeur Galvin, aux pp. 876 à 902, présente trois autres types de dispositions sur la protection des victimes de viol en vigueur aux États-Unis et ailleurs—le modèle «Texas», le modèle «fédéral» et le modèle «Californie»—qui accordent toutes aux tribunaux un certain pouvoir discrétionnaire.

*e* C'est simplifier trop et à tort que d'affirmer que les textes législatifs rédigés selon le modèle «Michigan» ont été en grande partie maintenus. Bien que les tribunaux aient évité de les déclarer inopérants en entier, ils les ont contournés en utilisant deux techniques pour permettre la recevabilité de preuves pertinentes non visées par les exceptions. Ces techniques sont celles de «l'interprétation atténuée» et de «l'exemption constitutionnelle». Voici les commentaires du professeur Galvin à ce sujet aux pp. 773 et 774:

*[TRADUCTION]* En effet, ces textes législatifs ont dépouillé les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire de déterminer selon chaque cas la pertinence des preuves concernant le comportement sexuel. Bien que ces textes protègent fort bien les intérêts du plaignant et de l'État, ils ne permettent pas de répondre adéquatement aux besoins de l'accusé de présenter une preuve pertinente.

*i* En fait, les tribunaux ont établi un type de réponse aux textes législatifs restrictifs de type «Michigan». Dans un nombre important de cas, les tribunaux d'appel se sont efforcés de confirmer la validité de ces lois, tout en ordonnant en même temps la présentation de preuves pertinentes concernant le comportement sexuel. Les tribunaux y sont arrivés en contournant les interdictions

It is a misleading oversimplification to say that statutes following the Michigan model have been widely upheld. While the courts have avoided striking them down in their entirety, they have used two techniques to permit the reception of relevant evidence which does not fall within the exceptions, thereby circumventing them. The techniques are "reading down" and "constitutional exemption". Professor Galvin comments on these statutes and the judicial response to them as follows at pp. 773-74:

In effect, these statutes have stripped courts of their discretion to determine the relevancy of sexual conduct evidence on a case-by-case basis. Although these statutes are highly protective of the interests of the complainant and the state, they do not accommodate sufficiently the needs of the accused to present relevant evidence in his behalf.

Indeed, a pattern of judicial response to restrictive Michigan-type statutes has developed. In a significant number of cases, appellate courts have strained to uphold the validity of these statutes while at the same time ordering the introduction of relevant sexual conduct evidence. This result has been achieved by circumventing the explicit statutory prohibitions and by relying

instead on legislative history and underlying policy considerations. In a smaller number of cases, courts have held the Michigan-style statutes unconstitutional as applied in particular factual settings. Some of the statutes have been amended in response to cases that demonstrated the need for additional exceptions.

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

**(g) Summary**

I conclude that the operation of s. 276 of the *Criminal Code* permits the infringement of the rights enshrined in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In achieving its purpose—the abolition of the outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence—it overshoots the mark and renders inadmissible evidence which may be essential to the presentation of legitimate defences and hence to a fair trial. In exchange for the elimination of the possibility that the judge and jury may draw illegitimate inferences from the evidence, it exacts as a price the real risk that an innocent person may be convicted. The price is too great in relation to the benefit secured, and cannot be tolerated in a society that does not countenance in any form the conviction of the innocent. Support for this conclusion is found in other rules of evidence which have adapted to meet the dangers of arbitrarily excluding valuable evidence, as well as the law in other jurisdictions, which by one means or another rejects the idea that rape-shield legislation, however legitimate its aims, should be cast so widely as to deprive the accused of the tools with which to build a legitimate defence.

Section 277 does not, by contrast, offend the *Charter*.

législatives expresses et en invoquant plutôt l'historique des dispositions et les considérations de principe sous-jacentes. Dans quelques cas, les tribunaux ont déclaré inconstitutionnels les textes législatifs de type Michigan, en fonction des circonstances particulières de l'affaire. Certains de ces textes ont été modifiés en réaction aux décisions qui ont démontré la nécessité d'exceptions additionnelles.

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

**d) Résumé**

Je conclus que l'art. 276 du *Code criminel* permet la violation de droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Pour atteindre son but, c'est-à-dire abolir l'usage sexiste et dépassé d'utiliser des preuves concernant le comportement sexuel, cet article va au-delà de ce qui est nécessaire et rend inadmissibles des éléments de preuve qui peuvent être essentiels à la présentation d'une défense légitime et, partant, à la tenue d'un procès équitable. Pour que le juge et le jury ne puissent tirer d'inférence illégitime à partir de la preuve, l'art. 276 exige que l'on courre le risque réel de voir condamner un innocent. C'est payer trop cher l'avantage obtenu, et cette situation ne saurait être tolérée dans une société qui n'apprécie aucunement la condamnation d'un innocent. Cette conclusion est appuyée par d'autres règles de preuve qui ont été adaptées face au risque d'exclusion arbitraire de preuves utiles, de même que par des règles de droit dans d'autres ressorts qui d'une façon ou d'une autre rejettent l'idée que les textes législatifs sur la protection des victimes de viol, aussi légitimes que soient leurs buts, soient rédigés en termes larges au point de priver l'accusé des moyens d'établir une défense légitime.

*j* Par contre, l'art. 277 ne contrevient pas à la *Charte*.

## 2. Is s. 276 Saved by s. 1 of the Charter?

Is s. 276 of the *Criminal Code* justified in a free and democratic society, notwithstanding the fact that it may lead to infringements of the *Charter*?

The first step under s. 1 is to consider whether the legislation addresses a pressing and substantial objective: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. As already discussed, it does.

The second requirement under s. 1 is that the infringement of rights be proportionate to the pressing objective. This inquiry involves three considerations. The first—whether there exists a rational connection between the legislative measure and the objective—is arguably met; s. 276 does help to exclude unhelpful and potentially misleading evidence of the complainant's prior sexual conduct. The second consideration under proportionality is whether the legislation impairs the right as little as possible. It has been suggested that legislatures must be given some room to manoeuvre, particularly where the legislation is attempting to fix a balance between competing groups in society: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. Assuming that this case, although criminal and as such a contest between the state and the accused, might fall into this class, it still cannot be said that the degree of impairment effected by s. 276 is appropriately restrained. In creating exceptions to the exclusion of evidence of the sexual activity of the complainant on other occasions, Parliament correctly recognized that justice requires a measured approach, one which admits evidence which is truly relevant to the defence notwithstanding potential prejudicial effect. Yet Parliament at the same time excluded other evidence of sexual conduct which might be equally relevant to a legitimate defence and which appears to pose no greater danger of prejudice than the exceptions it recognizes. To the extent the section excludes relevant defence evidence whose value is not clearly outweighed by the danger it presents, the section is overbroad.

## 2. L'article 276 est-il sauvégarde par l'article premier de la Charte?

L'article 276 du *Code criminel* est-il justifié dans une société libre et démocratique, bien qu'il puisse donner lieu à une violation de la *Charte*?

La première étape de l'examen consiste à se demander si l'objectif que cherche à atteindre la loi se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Suivant l'analyse déjà faite, il faut répondre affirmativement à cette question.

En deuxième lieu, la violation des droits doit être proportionnée à l'objectif se rapportant à une préoccupation urgente. Cet examen comporte trois volets. Premièrement, on peut dire que les mesures législatives ont un lien rationnel avec l'objectif en question car l'art. 276 permet d'exclure des éléments de preuve inutiles, voire même trompeurs, concernant le comportement sexuel du plaignant. Deuxièmement, il faut se demander si la mesure législative est de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. On prétend que le législateur doit bénéficier d'une certaine marge de manœuvre, notamment lorsqu'il tente de trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents dans la société: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. À supposer que la présente affaire, bien que de nature criminelle et opposant comme telle le ministère public et l'accusé, puisse se classer dans cette catégorie, on ne saurait quand même dire que le degré de violation que comporte l'art. 276 est suffisamment restreint. En créant des exceptions à l'exclusion de la preuve sur le comportement sexuel du plaignant à d'autres occasions, le législateur a correctement reconnu la nécessité d'une approche modérée, qui autorise la présentation d'une preuve vraiment pertinente pour la défense, quel qu'en soit l'effet préjudiciable possible. Toutefois, le législateur exclut en même temps d'autres éléments de preuve sur le comportement sexuel qui pourraient être aussi pertinents pour la défense et qui ne semblent pas avoir un effet préjudiciable plus important que celui des exceptions prévues. Dans la mesure où cet article ne permet pas à la défense de présenter une preuve pertinente dont la valeur n'est pas clairement surpassée par son effet préjudiciable, il a une portée trop large.

I turn finally to the third aspect of the proportionality requirement—the balance between the importance of the objective and the injurious effect of the legislation. The objective of the legislation, as discussed above, is to eradicate the erroneous inferences from evidence of other sexual encounters that the complainant is more likely to have consented to the sexual act in issue or less likely to be telling the truth. The subsidiary aims are to promote fairer trials and increased reporting of sexual offences and to minimize the invasion of the complainant's privacy. In this way the personal security of women and their right to equal benefit and protection of the law are enhanced. The effect of the legislation, on the other hand, is to exclude relevant defence evidence, the value of which outweighs its potential prejudice. As indicated in the discussion of s. 7, all parties agree that a provision which rules out probative defence evidence which is not clearly outweighed by the prejudice it may cause to the trial strikes the wrong balance between the rights of complainants and the rights of the accused. The line must be drawn short of the point where it results in an unfair trial and the possible conviction of an innocent person. Section 276 fails this test.

Enfin, je passe à l'examen du troisième aspect du critère de proportionnalité, savoir l'existence d'un équilibre entre l'importance de l'objectif et l'effet préjudiciable de la loi. En l'espèce, comme je l'ai déjà dit, l'objectif de la loi est d'empêcher que les preuves d'autres actes de comportement sexuel permettent de déduire à tort que la plaignante est plus susceptible d'avoir consenti à l'acte sexuel en question ou moins susceptible de dire la vérité. Subsidiairement, les dispositions attaquées visent à favoriser l'équité des procès, à inciter au dépôt de plaintes d'infractions d'ordre sexuel et enfin à réduire le plus possible l'atteinte à la vie privée de la plaignante. On améliore ainsi la sécurité personnelle des femmes et leur droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Par contre, ces dispositions ont pour effet d'exclure des preuves pertinentes pour la défense, dont la valeur l'emporte sur leur effet préjudiciable possible. Comme je l'ai indiqué dans l'analyse de l'art. 7, toutes les parties reconnaissent qu'une disposition qui écarte une preuve de la défense, dont la valeur probante n'est pas clairement surpassée par l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir sur le procès, ne permet pas d'accorder le même poids aux droits des plaignants et à ceux des accusés. Il faut fixer la limite de façon à empêcher la tenue d'un procès inéquitable et la condamnation possible d'une personne innocente. L'article 276 ne satisfait pas à ce critère.

I conclude that s. 276 is not saved by s. 1 of the *Charter*.

### *3. Can the Legislation be Saved by Application of the Doctrine of Constitutional Exemption?*

The majority of the court below, having concluded that s. 276 in some of its applications violated ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, declined to strike the section down on the ground that the appropriate remedy was for the trial judge to decline to apply the section in the cases where a constitutional violation would occur, which the majority predicted would be rare.

I leave aside the question of whether, having found the legislation suffers from overbreadth which is not cured by s. 1 of the *Charter*, it is open to the Court to declare it valid in part by techniques such as reading down and constitutional exemption. Assuming, with-

Je conclus que l'art. 276 n'est pas sauvagardé par l'article premier de la *Charte*.

### *3. La disposition législative est-elle sauvegardée par l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle?*

La Cour d'appel à la majorité, ayant conclu que l'art. 276 violait à certains égards l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, s'est abstenu de déclarer inopérant l'article en question au motif qu'il appartenait au juge du procès de refuser de l'appliquer dans les cas où son application entraînerait une violation de la Constitution, ce qui, selon la majorité, serait rare.

Ayant conclu que la disposition a une portée trop large et n'est pas sauvagardée par l'article premier de la *Charte*, je n'examinerai pas si la Cour peut déclarer une loi valide en partie au moyen de techniques comme celles de l'interprétation atténuée et de

out deciding, that this course is open, the question is whether the doctrine of constitutional exemption could appropriately apply in this case. In my opinion, it could not.

The first reason this case is not an appropriate one for application of the doctrine is that it would not achieve the end of substantially upholding the law which Parliament enacted. It would import into the provision an element which the legislature specifically chose to exclude—the discretion of the trial judge. Add to this the host of judge-made procedures which have been proposed to effect this judicial amendment to the legislation, and the will of the legislature becomes increasingly obscured. The exemption, while perhaps saving the law in one sense, dramatically alters it in another. Where the effect is to change the law so substantially, one may question whether it is useful or appropriate to apply the doctrine of constitutional exemption.

The second objectionable feature of this solution is that the result will accomplish, in essence, precisely what striking down would do—set up a regime based on common law notions of relevancy. As Professor Paciocco points out in “*The Charter and the Rape Shield Provisions of the Criminal Code: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine*” (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 119, at p. 146:

It would contribute nothing to the resolution of issues of admissibility. The constitutional limit would require that evidence excluded by the provision be admitted where it is relevant and potentially probative enough to cause a reasonable trier of fact to have a reasonable doubt in all of the circumstances of the case. Thus, the only evidence that section 276 would be allowed to exclude would be either irrelevant or non-probative information. According to the ordinary rules of evidence, information that is not relevant is already inadmissible.

A third problem with this solution is the difficulty of application. The doctrine, as applied in this case, delegates to the trial judge the task of determining when the legislation should not be applied. This

l'exemption constitutionnelle. À supposer, sans en décider, que c'est là une avenue possible, il faut alors déterminer si la doctrine de l'exemption constitutionnelle peut s'appliquer dans un tel cas. À mon avis, elle ne le peut pas.

Premièrement, le présent pourvoi ne se prête pas à l'application de la doctrine parce qu'elle ne permettrait pas d'atteindre le but visé, c'est-à-dire de confirmer en grande partie la disposition législative adoptée par le Parlement. Elle incorporerait dans la disposition un élément que le législateur a spécifiquement choisi d'exclure, le pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Si l'on ajoute à ceci les nombreuses procédures proposées par les tribunaux pour procéder à la modification du texte législatif, on perd de vue l'intention du législateur. Bien que l'exemption permette peut-être de sauvegarder la loi dans un sens, elle la modifie sensiblement dans un autre. Lorsqu'elle a pour effet de modifier la loi d'une manière aussi importante, on peut se demander s'il est utile ou approprié d'appliquer la doctrine de l'exemption constitutionnelle.

Deuxièmement, on peut s'opposer à l'application de la doctrine pour le motif qu'on arriverait essentiellement au même résultat que si le tribunal déclarait la disposition inopérante, c'est-à-dire l'établissement d'un régime fondé sur les notions de pertinence reconnues en common law. Comme l'indique le professeur Paciocco dans «*The Charter and the Rape Shield Provisions of the Criminal Code: More About Relevance and the Constitutional Exemptions Doctrine*» (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 119, à la p. 146:

[TRADUCTION] La doctrine ne servirait aucunement à résoudre les questions d'admissibilité. De par la restriction constitutionnelle, la preuve exclue par la disposition devrait être admise dans les cas où elle est pertinente et suffisamment probante pour soulever chez le juge des faits un doute raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire. Par conséquent, l'art. 276 ne permettrait d'exclure que les preuves non pertinentes ou non probantes. Selon les règles de preuve ordinaires, les renseignements non pertinents sont déjà écartés.

Troisièmement, cette solution est difficile d'application. En l'espèce, la doctrine déléguerait au juge du procès la tâche de déterminer quand la disposition en question ne devrait pas être appliquée. Ce qui équi-

amounts to saying that it should not be applied when it should not be applied, unless some criterion outside the *Charter* is found. On this reasoning, no law would be required to be struck down under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*; the matter could always be resolved by the simple means of instructing trial judges not to apply laws when their effect would be violative.

vaut à dire qu'elle ne devrait pas être appliquée quand elle ne devrait pas l'être à moins qu'il n'existe un critère étranger à la *Charte*. Si l'on se fonde sur ce raisonnement, le tribunal n'aurait jamais à déclarer une loi inopérante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; on pourrait toujours trancher la question en demandant aux juges de première instance de ne pas appliquer les lois lorsqu'elles ont pour effet de violer la *Charte*.

This result has the effect of placing on the accused the burden of showing that the decision to exclude evidence, for example, is unconstitutional, a burden the accused would not bear if the section were struck out.

It is significant that this Court, in leaving open the "possibility that in certain circumstances a 'constitutional exemption' might be granted from otherwise valid legislation to particular individuals" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 315; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 783-85), did so in the context of arguments that certain groups (e.g. those which close their businesses for religious reasons on days other than Sunday) should be exempted from the operation of the legislation. Such a classification would provide a criterion external to the *Charter* whereby applicability could be determined, and thus satisfy the requirements of the law for certainty and predictability. Conversely, this Court has declined to read constitutional standards into legislation: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and has rejected the notion that the constitutional validity of a statute which has the potential to violate constitutional rights may be upheld on the basis that the prosecution may, by exercising its discretion, avoid breaching the constitutional rights of the accused. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, Lamer J. (as he then was) stated, for the majority, at p. 1078:

Cela aurait pour effet d'imposer à l'accusé le fardeau d'établir que la décision d'exclure une preuve, par exemple, est inconstitutionnelle, fardeau que l'accusé n'aurait pas si l'article était déclaré inopérant.

Il importe de signaler que notre Cour, en ne niant pas «la possibilité d'accorder à certaines personnes, dans certains cas, une «exemption constitutionnelle» de l'application d'une loi par ailleurs valide» (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 315; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 783 à 785), l'a fait dans le contexte d'arguments voulant que certains groupes (p. ex., des entreprises qui, pour des motifs d'ordre religieux, observent un jour de repos autre que le dimanche) devraient être exemptés de l'application d'une loi. Cette classification établirait un critère étranger à la *Charte*, qui servirait à déterminer l'applicabilité et à satisfaire aux exigences de certitude et de prévisibilité de la loi. Par contre, notre Cour s'est abstenu de donner une interprétation large à une disposition législative de manière à lui prêter des critères constitutionnels: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et a rejeté la notion que la constitutionnalité d'une loi susceptible de violer des droits constitutionnels puisse être maintenue au motif que le ministère public peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, éviter l'atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé. Dans *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, dit au nom de la majorité, à la p. 1078:

In my view the section cannot be salvaged by relying on the discretion of the prosecution not to apply the law in those cases where, in the opinion of the prosecution, its application would be a violation of the *Charter*. To do so would be to disregard totally s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which provides that any law which is

À mon avis, l'article ne peut pas être sauvégarde en invoquant ce pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de ne pas appliquer la loi dans les cas où il estime que son application entraînerait une violation de la *Charte*. Ce serait là ignorer totalement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui porte que la Constitution

inconsistent with the Constitution is of no force or effect to the extent of the inconsistency and the courts are duty bound to make that pronouncement, not to delegate the avoidance of a violation to the prosecution or to anyone else for that matter. [Emphasis added.]

For these reasons I conclude that it is inappropriate to apply the doctrine of constitutional exemption in the case at bar. Section 276 must be struck down under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In so holding, I should not be taken as foreclosing the possibility that the solution of constitutional exemption may be appropriate in some other case.

#### *4. What Follows From Striking Down s. 276?*

The first question is whether the striking down of s. 276 revives the old common law rules of evidence permitting liberal and often inappropriate reception of evidence of the complainant's sexual conduct. Some inappropriate uses of such evidence are precluded by s. 277, which I have found to be valid. But other common law rules fall outside s. 277. Does striking s. 276 revive them?

The answer to this question is no. The rules in question are common law rules. Like other common law rules of evidence, they must be adapted to conform to current reality. As all counsel on these appeals accepted, the reality in 1991 is that evidence of sexual conduct and reputation in itself cannot be regarded as logically probative of either the complainant's credibility or consent. Although they still may inform the thinking of many, the twin myths which s. 276 sought to eradicate are just that—myths—and have no place in a rational and just system of law. It follows that the old rules which permitted evidence of sexual conduct and condoned invalid inferences from it solely for these purposes have no place in our law.

The inquiry as to what the law is in the absence of s. 276 of the *Code* is thus remitted to consideration of the fundamental principles governing the trial process and the reception of evidence. Harking back to

rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit et les tribunaux ont le devoir de déclarer qu'il en est ainsi; ils ne peuvent laisser ni au ministère public ni à personne d'autre le soin d'éviter une violation. [Je souligne.]

Pour ces motifs, je conclus qu'il ne convient pas d'appliquer la doctrine de l'exemption constitutionnelle aux faits de l'espèce. L'article 276 doit être déclaré inopérant en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Je n'écarte pas de ce fait la possibilité d'appliquer dans d'autres situations la doctrine de l'exemption constitutionnelle.

#### *4. Les effets de l'annulation de l'art. 276*

Il faut d'abord se demander si l'annulation de l'art. 276 rétablit les anciennes règles de common law, qui permettaient la réception libérale et souvent inappropriée de preuves concernant le comportement sexuel du plaignant. Certaines utilisations inappropriées de ce genre de preuve sont interdites par l'art. 277, que je tiens pour valide. D'autres règles de common law ne sont cependant pas couvertes par l'art. 277. L'annulation de l'art. 276 les rétablit-elle?

Il faut répondre par la négative. Les règles en question sont des règles de common law et, à l'instar des autres règles de preuve en common law, elles doivent être adaptées à la situation actuelle. Comme l'ont reconnu tous les avocats dans les présents pourvois, la réalité en 1991 est que la preuve concernant le comportement sexuel et la réputation du plaignant ne peut en soi être considérée comme une preuve logique de la crédibilité ou du consentement du plaignant. Bien qu'ils puissent encore orienter la pensée d'un grand nombre, les deux mythes que l'art. 276 cherche à éliminer ne sont vraiment que des mythes et ils ne sauraient exister à l'intérieur d'un système juridique rationnel et juste. Il s'ensuit que les anciennes règles qui permettaient la preuve concernant le comportement sexuel et toléraient les inférences invalides pouvant en être tirées seulement à ces fins n'ont pas leur place dans notre droit.

Pour déterminer quelle est la situation juridique en l'absence de l'art. 276 du *Code*, il faut examiner les principes fondamentaux régissant le procès et l'utilisation de la preuve. Si l'on revient à la maxime de

Thayer's maxim, relevant evidence should be admitted, and irrelevant evidence excluded, subject to the qualification that the value of the evidence must outweigh its potential prejudice to the conduct of a fair trial. Moreover, the focus must be not on the evidence itself, but on the use to which it is put. As Professor Galvin puts it, our aim is "to abolish the outmoded, sexist-based use of sexual conduct evidence while permitting other uses of such evidence to remain": *supra*, at p. 809.

This definition of the problem suggests an approach which abolishes illegitimate uses and inferences, while preserving legitimate uses. There is wide agreement that the approach of a general exclusion supplemented by categories of exceptions is bound to fail because of the impossibility of predicting in advance what evidence may be relevant in a particular case: see Galvin, *supra*, Doherty, *supra*, and Elliott, *supra*. On the other hand, judges are not free to act on whim. As Professor Vivian Berger puts it in her article "Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom" (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 1, at p. 69:

The problem is to chart a course between inflexible legislative rules and wholly untrammeled judicial discretion: The former threatens the rights of defendants; the latter may ignore the needs of complainants.

Professor Galvin, after a comprehensive review of the various approaches to rape-shield legislation which have been adopted in different jurisdictions, proposes a prohibition on illegitimate uses of the evidence, combined with case by case judgment exercised with the aid of guidelines. Her proposal is as follows (at pp. 903-4):

*Sexual conduct of victim of rape. In a prosecution for rape, evidence that the victim has engaged in consensual sexual conduct with persons other than the accused is not admissible to support the inference that a person who has previously engaged in consensual sexual conduct is for that reason more likely to consent to the sexual conduct with respect to which rape is alleged. Evidence of consensual sexual conduct on the part of the victim may, however, be admissible for other purposes.*

Thayer, les preuves pertinentes devraient être admises (et les preuves non pertinentes ne pas l'être) pourvu que leur valeur probante l'emporte sur l'effet préjudiciable qu'elles peuvent avoir sur le déroulement d'un procès équitable. Par ailleurs, l'accent ne doit pas être mis sur la preuve en soi, mais sur l'utilisation que l'on veut en faire. Comme l'indique le professeur Galvin, nous cherchons à [TRADUCTION] «abolir l'utilisation dépassée et sexiste des preuves concernant le comportement sexuel, tout en permettant que soient conservées les autres utilisations de ce genre de preuve»: précité, à la p. 809.

Cette définition du problème laisse supposer une méthode qui abolit les utilisations et les inférences irrégulières, tout en préservant les utilisations légitimes de ces preuves. On est généralement d'accord sur le fait qu'une interdiction générale assortie d'exceptions est vouée à l'échec à cause de l'impossibilité de prédire quelles seront les preuves pertinentes dans un cas donné: voir Galvin, Doherty et Elliott, précités. Par ailleurs, les juges ne peuvent agir par caprice. Comme le fait remarquer le professeur Vivian Berger dans son article intitulé: «Man's Trial, Woman's Tribulation: Rape Cases in the Courtroom» (1977), 77 *Colum. L. Rev.* 1, à la p. 69:

[TRADUCTION] Le problème est d'arriver à une attitude se situant entre des règles législatives rigides et un pouvoir judiciaire absolu: on risque, dans le premier cas, de porter atteinte aux droits des défendeurs, dans le second, d'ignorer les besoins des plaignants.

Après un examen approfondi des diverses démarches adoptées dans les différents pays à l'égard de la protection des victimes de viol, le professeur Galvin propose l'interdiction des utilisations illégitimes de la preuve et une décision du tribunal dans chaque cas qui serait prise avec l'aide de lignes directrices. Voici ce qu'elle propose (aux pp. 903 et 904):

[TRADUCTION] *Comportement sexuel de la victime de viol. Dans une poursuite pour viol, la preuve que la victime a consenti à avoir des rapports sexuels avec qui que ce soit d'autre que l'accusé n'est pas admissible à l'appui de l'inférence qu'une personne qui a déjà donné un tel consentement est de ce fait plus susceptible d'avoir consenti aux rapports sexuels à l'origine de la poursuite. Toutefois, la preuve du consentement à des rapports sexuels de la part de la victime peut être admissible à d'autres fins.*

(1) By way of illustration only, and not by way of limitation, the following are examples of evidence admissible under this section:

(A) Evidence of specific instances of sexual conduct tending to prove that a person other than the accused caused the physical consequences of the rape alleged by the prosecution;

(B) Evidence of sexual conduct tending to prove bias or motive to fabricate on the part of the victim;

(C) Evidence of a pattern of sexual conduct so distinctive and so closely resembling the accused's version of the alleged encounter with the victim as to tend to prove that the victim consented to the act charged or behaved in such a manner as to lead the accused reasonably to believe that the victim consented;

(D) Evidence of prior sexual conduct, known to the accused at the time of the act charged, tending to prove that the accused reasonably believed that the victim was consenting to the act charged;

(E) Evidence tending to rebut proof introduced by the prosecution regarding the victim's sexual conduct;

(F) Evidence that the victim has made false allegations of rape;

(1) À titre d'illustration seulement, voici des exemples de preuve admissible en vertu de cette disposition:

(A) La preuve d'actes sexuels précis tendant à établir qu'une personne autre que l'accusé aurait infligé les blessures subies lors du viol allégué par la poursuite;

(B) La preuve d'actes sexuels tendant à établir l'existence d'un préjugé ou d'un motif de fabrication d'une preuve par la victime;

(C) La preuve d'un comportement sexuel à ce point caractéristique et ressemblant tellement à la version de l'incident en question donnée par l'accusé qu'elle tend à établir que la victime aurait pu consentir à l'acte ou s'être comportée d'une façon portant l'accusé à croire raisonnablement au consentement;

(D) La preuve d'un comportement sexuel antérieur, connu de l'accusé au moment de l'acte reproché, tendant à établir que l'accusé avait des motifs raisonnables de croire que la victime consentait à l'acte reproché;

(E) La preuve tendant à repousser une preuve préalablement présentée par la poursuite portant sur le comportement sexuel de la victime;

(F) La preuve que la victime a présenté de fausses allégations de viol;

Galvin's proposal, with some modification, reflects an appropriate response to the problem of avoiding illegitimate inferences from evidence of the complainant's sexual conduct, while preserving the general right to a fair trial. It is, moreover, a response which is open to trial judges in the absence of legislation. It reflects, in essence, an application of the fundamental common law notions which govern the reception of evidence on trials. The general prohibition on improper use of evidence of sexual conduct reflects the fact that it is always open to a judge to warn against using a particular piece of evidence for an inference on an issue for which that evidence has no probative force. Similarly, the mandate to the judge to determine when the evidence may be properly receivable is a reflection of the basic function of the trial judge of determining the relevance of evidence and whether it should be received bearing in

La proposition de Galvin, à quelques modifications près, constitue une réponse appropriée au problème des inférences illégitimes tirées de la preuve sur le comportement sexuel de la plaignante, tout en préservant le droit de l'inculpé à un procès équitable. De plus, c'est une solution susceptible d'être appliquée par le juge de première instance en l'absence d'un texte législatif en la matière. Cette proposition constitue essentiellement une application des notions fondamentales de common law qui régissent la recevabilité de la preuve au cours d'un procès. L'interdiction générale quant à l'utilisation inappropriée de la preuve concernant le comportement sexuel découle du fait que le juge peut toujours faire une mise en garde contre l'utilisation d'un élément de preuve particulier pour tirer une conclusion sur une question à l'égard de laquelle cette preuve n'a aucune valeur probante. De même, confier au juge le soin de se prononcer sur la recevabilité d'une preuve correspond au rôle fondamental du juge du procès de déterminer la pertinence de la preuve et sa recevabilité en fonction

mind the balance between its probative value and its potential prejudice.

As for the procedures which should govern the determination of whether the sexual conduct evidence should be admitted, Galvin proposes a written motion followed by an *in camera* hearing (p. 904). The devices of a preliminary affidavit and an *in camera* hearing are designed to minimize the invasion of the complainant's privacy. If the affidavit does not show the evidence to be relevant, it will not be heard at all. Where this threshold is met, the evidence will be heard *in camera* so that, in the event the judge finds its value is outweighed by its potential prejudice, it will not enter the public domain. Such procedures do not require legislation. It has always been open to the courts to devise such procedures as may be necessary to ensure a fair trial. The requirement of a *voir dire* before a confession can be admitted, for example, is judge-made law.

While accepting the premise and the general thrust of Galvin's proposal, I suggest certain modifications. There seems little purpose in having separate rules for the use of sexual conduct evidence for illegitimate inferences of consent and credibility in the Canadian context. Again, I question whether evidence of other sexual conduct with the accused should automatically be admissible in all cases; sometimes the value of such evidence might be little or none. The word "complainant" is more compatible with the presumption of innocence of the accused than the word "victim". Professor Galvin's reference to the defence of reasonable belief in consent must be adapted to meet Canadian law, which does not require reasonableness. And the need to warn the jury clearly against improper uses of the evidence should be emphasized, in my view.

In the absence of legislation, it is open to this Court to suggest guidelines for the reception and use of sexual conduct evidence. Such guidelines should be seen for what they are—an attempt to describe the consequences of the application of the general rules of evidence governing relevance and the reception of

de l'équilibre entre sa valeur probante et l'effet préjudiciable qu'elle peut avoir.

En ce qui concerne la façon de déterminer si la preuve concernant le comportement sexuel devrait être admissible, Galvin propose la présentation d'une requête écrite et la tenue d'une audience à huis clos (p. 904). L'affidavit préliminaire et l'audience à huis clos visent à réduire au minimum l'atteinte à la vie privée du plaignant. Si l'affidavit ne démontre pas la pertinence de la preuve, il n'y aura pas d'audience. Une fois la pertinence établie, la preuve sera présentée au cours d'une audience à huis clos et ne sera pas rendue publique si le juge conclut que l'effet préjudiciable qu'elle pourrait avoir l'emporte sur sa valeur probante. L'application de ces mesures ne nécessite pas l'intervention du législateur. On reconnaît depuis toujours qu'il appartient aux tribunaux d'établir les procédures qui permettront d'assurer un procès équitable. Par exemple, la tenue d'un *voir-dire* avant qu'on puisse utiliser un aveu, est de droit prétorien.

Si j'accepte la prémissse et l'orientation générale de la proposition de Galvin, j'y proposerais quelques modifications. Il ne semble pas nécessaire d'établir, dans le contexte canadien, deux règles distinctes régissant l'utilisation de la preuve sur le comportement sexuel en vue de tirer des inférences illégitimes quant au consentement et à la crédibilité. Je me demande de nouveau si la preuve d'autres rapports sexuels avec l'accusé devrait être automatiquement admissible dans tous les cas; parfois, cette preuve pourrait n'avoir qu'une valeur probante restreinte ou nulle. Le terme «plaignant» est davantage compatible avec la présomption d'innocence de l'accusé que le terme «victime». Il y a lieu d'adapter la défense de croyance raisonnable au consentement, proposée par le professeur Galvin, puisque le caractère raisonnable de la croyance n'est pas exigé en droit canadien. On devrait aussi, selon moi, faire ressortir qu'il est nécessaire de mettre clairement le jury en garde contre l'utilisation inappropriée de la preuve présentée.

En l'absence de texte législatif, notre Cour peut proposer des lignes directrices sur la recevabilité et l'utilisation de preuves concernant le comportement sexuel. Ces lignes directrices doivent être considérées comme une tentative de décrire les conséquences de l'application des règles générales en matière de perti-

evidence—and not as judicial legislation cast in stone.

In my view the trial judge under this new regime shoulders a dual responsibility. First, the judge must assess with a high degree of sensitivity whether the evidence proffered by the defence meets the test of demonstrating a degree of relevance which outweighs the damages and disadvantages presented by the admission of such evidence. The examples presented earlier suggest that while cases where such evidence will carry sufficient probative value will exist, they will be exceptional. The trial judge must ensure that evidence is tendered for a legitimate purpose, and that it logically supports a defence. The fishing expeditions which unfortunately did occur in the past should not be permitted. The trial judge's discretion must be exercised to ensure that neither the *in camera* procedure nor the trial become forums for demeaning and abusive conduct by defence counsel.

The trial judge's second responsibility will be to take special care to ensure that, in the exceptional case where circumstances demand that such evidence be permitted, the jury is fully and properly instructed as to its appropriate use. The jurors must be cautioned that they should not draw impermissible inferences from evidence of previous sexual activity. While such evidence may be tendered for a purpose logically probative of the defence to be presented, it may be important to remind jurors that they not allow the allegations of past sexual activity to lead them to the view that the complainant is less worthy of belief, or was more likely to have consented for that reason. It is hoped that a sensitive and responsive exercise of discretion by the judiciary will reduce and even eliminate the concerns which provoked legislation such as s. 276, while at the same time preserving the right of an accused to a fair trial.

I would summarize the applicable principles as follows:

1. On a trial for a sexual offence, evidence that the complainant has engaged in consensual sexual

nence et de recevabilité de la preuve, sans plus, et non comme du droit prétorien immuable.

À mon avis, ce nouveau régime impose une double responsabilité au juge du procès. Il doit d'abord évaluer, avec la plus grande sensibilité, si la preuve présentée par la défense satisfait au critère exigeant un degré de pertinence qui l'emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l'admission de cette preuve. Les exemples donnés plus haut indiquent que s'il surviendra des cas où une telle preuve aura une force probante suffisante, ces cas seront rares. Le juge du procès doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense. Les recherches à l'aveuglette qui ont malheureusement sévi dans le passé ne doivent plus être autorisées. Le 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.

La deuxième responsabilité ainsi imposée au juge consiste à s'assurer très soigneusement que, dans les cas exceptionnels où les circonstances exigent l'admission de la preuve, le jury reçoit des directives complètes et correctes sur l'utilisation appropriée de cette preuve. Il faut mettre les jurés en garde contre toute inférence interdite qu'ils pourraient tirer d'une preuve relative au comportement sexuel antérieur. Si une telle preuve peut être présentée à une fin logiquement liée à l'établissement d'un moyen de défense, il peut être important de rappeler aux jurés qu'ils ne doivent pas laisser les allégations relatives à l'activité sexuelle antérieure les mener à la conclusion que le plaignant est moins digne de foi ou qu'il était plus probable qu'il ait, pour cette raison, donné son consentement. Il faut espérer que les juges, par exercice responsable et sensible de leur pouvoir discrétionnaire, réduiront ou élimineront les préoccupations qui ont donné naissance à des dispositions comme l'art. 276, tout en préservant le droit de l'accusé à un procès équitable.

Voici comment je résumerais les principes applicables:

1. Dans un procès relatif à une infraction d'ordre sexuel, la preuve que, à d'autres occasions, le

conduct on other occasions (including past sexual conduct with the accused) is not admissible solely to support the inference that the complainant is by reason of such conduct:

<sup>a</sup>

(a) more likely to have consented to the sexual conduct at issue in the trial;

<sup>b</sup>

(b) less worthy of belief as a witness.

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

<sup>c</sup>

By way of illustration only, and not by way of limitation, the following are examples of admissible evidence:

(A) Evidence of specific instances of sexual conduct tending to prove that a person other than the accused caused the physical consequences of the rape alleged by the prosecution;

<sup>e</sup>

(B) Evidence of sexual conduct tending to prove bias or motive to fabricate on the part of the complainant;

<sup>f</sup>

(C) Evidence of prior sexual conduct, known to the accused at the time of the act charged, tending to prove that the accused believed that the complainant was consenting to the act charged (without laying down absolute rules, normally one would expect some proximity in time between the conduct that is alleged to have given rise to an honest belief and the conduct charged);

<sup>h</sup>

(D) Evidence of prior sexual conduct which meets the requirements for the reception of similar act evidence, bearing in mind that such evidence cannot be used illegitimately merely to show that the complainant consented or is an unreliable witness;

<sup>i</sup>

plaintenant a consenti à des rapports sexuels (y compris des rapports sexuels antérieurs avec l'accusé) n'est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer l'inférence que le plaignant est de ce fait:

a) plus susceptible d'avoir consenti aux actes sexuels à l'origine du procès;

b) moins digne de foi comme témoin.

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

À titre d'illustration seulement, voici quelques exemples de preuve admissible:

(A) La preuve d'actes sexuels précis tendant à établir qu'une personne autre que l'accusé a causé les conséquences physiques du viol allégué par la poursuite;

(B) La preuve d'actes sexuels tendant à établir l'existence d'un préjugé ou d'un motif de fabrication d'une preuve par le plaignant;

(C) La preuve d'un comportement sexuel antérieur, connu de l'accusé au moment de l'acte reproché, tendant à établir que l'accusé croyait que le plaignant consentait à l'acte reproché (sans fixer de règles absolues, on peut s'attendre à ce qu'il y ait une certaine proximité dans le temps entre la conduite dont on allègue qu'elle a donné lieu à une croyance sincère et la conduite reprochée);

(D) La preuve d'un comportement sexuel antérieur qui satisfait aux normes d'admissibilité de la preuve d'actes similaires, sous réserve qu'une telle preuve ne peut être utilisée légitimement à la simple fin de démontrer que le plaignant avait donné son consentement ou n'est pas un témoin digne de foi;

(E) Evidence tending to rebut proof introduced by the prosecution regarding the complainant's sexual conduct.

- a 3. Before evidence of consensual sexual conduct on the part of a victim is received, it must be established on a *voir dire* (which may be held *in camera*) by affidavit or the testimony of the accused or third parties, that the proposed use of the evidence of other sexual conduct is legitimate.
- b 4. Where evidence that the complainant has engaged in sexual conduct on other occasions is admitted on a jury trial, the judge should warn the jury against inferring from the evidence of the conduct itself, either that the complainant might have consented to the act alleged, or that the complainant is less worthy of credit.

## II. The Jurisdiction of the Preliminary Inquiry Judge and the Reviewability of the Judge's Error by way of Certiorari

The preliminary inquiry judge in each of the cases before us decided that he did not have jurisdiction to decide whether ss. 276 and 277 should be struck down under the *Charter*, and went on to commit the accused for trial after excluding evidence pursuant to those sections.

Galligan J. ruled in each case that the preliminary inquiry judge had the jurisdiction to determine the constitutional question and sent the matter back to him for continuance of the preliminary inquiry on the basis that ss. 276 and 277 were invalid.

The Seaboyer motion to Galligan J. was by way of *certiorari* from which the *Criminal Code* grants a right of appeal. Gayme also applied under s. 24(1) of the *Charter*, from which no appeal lies under the *Criminal Code*.

The Court of Appeal held that the preliminary inquiry judges were correct in concluding that they did not possess jurisdiction to determine the validity

(E) La preuve tendant à repousser une preuve préalablement présentée par la poursuite portant sur le comportement sexuel du plaignant.

- a 3. Avant d'admettre une preuve de consentement de la victime à des rapports sexuels, il faut établir par la tenue d'un *voir-dire* (qui peut avoir lieu à huis clos) sur affidavits ou témoignages de l'accusé ou de tiers, que l'utilisation projetée de la preuve d'un autre comportement sexuel est une utilisation valide.
- b 4. Lorsque la preuve que le plaignant a eu des rapports sexuels à d'autres occasions est admise au cours d'un procès devant jury, le juge doit mettre le jury en garde contre la déduction de la preuve des rapports eux-mêmes que le plaignant a pu consentir à l'acte allégué ou qu'il est moins digne de foi.

## II. La compétence du juge chargé de l'enquête préliminaire et la possibilité de réviser l'erreur du juge par voie de certiorari.

Dans chacune des affaires dont nous sommes saisis, le juge chargé de l'enquête préliminaire a décidé qu'il n'avait pas compétence pour décider si les art. 276 et 277 devaient être déclarés inopérants en vertu de la *Charte* et, après avoir exclu des éléments de preuve en application de ces articles, il a renvoyé les accusés à leur procès.

Dans chacun des cas, le juge Galligan a statué que le juge chargé de l'enquête préliminaire avait compétence pour trancher la question constitutionnelle et lui a renvoyé l'affaire pour qu'il poursuive l'enquête préliminaire en se fondant sur le fait que les art. 276 et 277 étaient inopérants.

Seaboyer a présenté au juge Galligan une demande de bref de *certiorari*, dont il peut être interjeté appel en vertu du *Code criminel*. Gayme a présenté une demande en vertu du par. 24(1), dont il ne peut être interjeté appel en vertu du *Code criminel*.

La Cour d'appel a statué que les juges chargés de l'enquête préliminaire ont eu raison de conclure qu'ils n'étaient pas compétents pour déterminer la

of ss. 276 and 277 of the *Code*, and accordingly that Galligan J. had erred in granting the orders sought and remitting the matters back to the preliminary inquiry judges. The Court of Appeal ordered that the trials proceed.

Three issues arise from these facts:

- (1) Do judges on a preliminary inquiry have the power to decide the constitutionality of legislation relating to evidence? *b*
- (2) If they do have this power and erred in holding they did not, was that error reviewable on the motion before Galligan J.? *c*
- (3) Does the Crown have a right of appeal from the order of Galligan J. in the *Gayme* case? *d*

I will deal with each issue in turn. *e*

1. Do Preliminary Inquiry Judges Have Jurisdiction to Determine the Constitutionality of Evidentiary Legislation Under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*? *f*

I would answer this question in the negative on the ground that the *Criminal Code* does not authorize judges sitting on preliminary inquiries to enter into constitutional questions. *g*

Section 52 of the *Constitution Act, 1982* does not confer jurisdiction on a tribunal to determine whether a law is constitutional. That jurisdiction must be found in the legislation which defines the powers of the body: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570. *h*

The jurisdiction of a judge on a preliminary hearing is conferred exclusively by Part XVIII of the *Criminal Code*. In *Mills* this Court found that a justice presiding over a preliminary inquiry does not have the jurisdiction to grant a remedy under s. 24 of the *Charter* because a preliminary inquiry is not a *i*

validité des art. 276 et 277 du *Code* et, par conséquent, que le juge Galligan a commis une erreur lorsqu'il a rendu les ordonnances et renvoyé les affaires aux juges chargés de l'enquête préliminaire. Elle a ordonné la tenue des procès. *a*

Ces faits soulèvent trois questions:

- (1) Les juges chargés de l'enquête préliminaire sont-ils habilités à déterminer la constitutionnalité d'une disposition législative portant sur la preuve? *b*
- (2) S'ils le sont et s'ils ont commis une erreur en statuant qu'ils ne l'étaient pas, cette erreur était-elle susceptible de révision par suite de la requête présentée au juge Galligan? *c*
- (3) Le ministère public peut-il interjeter appel de l'ordonnance rendue par le juge Galligan dans l'affaire *Gayme*? *d*

J'examinerai chacune de ces questions séparément. *e*

1. Les juges chargés de l'enquête préliminaire ont-ils compétence pour déterminer la constitutionnalité d'une disposition législative portant sur la preuve en vertu de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982? *f*

Je suis d'avis de répondre à cette question par la négative au motif que le *Code criminel* n'autorise pas le juge qui préside une enquête préliminaire à examiner des questions constitutionnelles. *g*

L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne permet pas à un tribunal de déterminer si une disposition législative est constitutionnelle. Cette compétence doit être attribuée dans la loi habilitante: *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. *h*

C'est la partie XVIII du *Code criminel* qui précise la compétence du juge chargé d'une enquête préliminaire. Dans l'arrêt *Mills*, notre Cour a conclu qu'un juge qui préside une enquête préliminaire n'est pas «un tribunal compétent» au sens de l'art. 24 de la *Charte* et n'est donc pas habilité à accorder une répa- *i*

"court of competent jurisdiction" under that section. The majority held that the magistrate sitting on a preliminary inquiry is not a court of competent jurisdiction because the *Criminal Code* gives the magistrate "no jurisdiction which would permit him to hear and determine the question of whether or not a *Charter* right has been infringed or denied" (*per* McIntyre J. at p. 954). La Forest J., agreeing with this view, elaborated on the task of the magistrate at p. 970:

The task of the preliminary hearing magistrate under the *Criminal Code* is by the *Code* limited in essence to determining whether, in his opinion, the evidence presented before him is or is not sufficient to commit the accused for trial; if it is, he is to commit the accused; otherwise, he must discharge him.

I see no warrant in the *Charter* for extending the ambit of the specific task assigned to the magistrate by the *Code*. From a practical standpoint, too, I would think this would unnecessarily complicate his task, require more evidence or at least a more thorough sifting of evidence than is required at a preliminary hearing, and in any event require the magistrate to look at the issues before him in a manner different from that contemplated by the *Code*.

I see no reason to depart from the statement of McIntyre J. in *Mills* that the *Criminal Code* does not permit a preliminary inquiry judge to determine whether a *Charter* right has been infringed or denied. Both statutory interpretation and policy support this view. The *Criminal Code* restricts the task of the preliminary inquiry judge to determining if there is a sufficient case to warrant prosecution. While evidentiary rulings may be made in the course of discharging this function, they have no effect on the outcome of the trial or the accused's guilt or innocence. To discharge the function of determining if there is sufficient evidence to warrant committal it is sufficient to accept the rules of evidence as they stand; the rights of the accused do not require more at this stage. As for policy, there is much to be said for leaving *Charter* challenges in so far as possible to the trial judge. The trial judge is likely to have a more complete picture of the evidence and its significance in the context of the case and is thus better situated to decide such questions. Moreover, permitting constitutional challenges before the preliminary court judge is

ration en vertu de cet article. La Cour, à la majorité, a statué que le magistrat chargé d'une enquête préliminaire n'est pas un tribunal compétent parce que le *Code criminel* ne lui confère pas «la compétence qui l'autoriserait à entendre et à juger la question de savoir s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*» (le juge McIntyre, à la p. 954). Le juge La Forest, souscrivant à cette opinion, donne des détails sur la tâche du magistrat, à la p. 970:

Aux termes du *Code criminel*, la tâche du magistrat présidant une enquête préliminaire se limite essentiellement à établir si, à son avis, la preuve produite devant lui suffit pour que l'inculpé soit renvoyé pour subir son procès; si c'est le cas le magistrat doit ordonner le renvoi à procès, sinon l'inculpé doit être libéré.

À mon avis, rien dans la *Charte* ne justifie l'élargissement de la portée de la tâche précise attribuée au magistrat par le *Code*. De plus, d'un point de vue pratique, il me semble que cela lui compliquerait inutilement la tâche, exigerait une preuve plus abondante ou, à tout le moins, un tri plus minutieux des éléments de preuve que ce n'est le cas dans le cadre d'une enquête préliminaire et, en tout état de cause, mettrait le magistrat dans l'obligation d'examiner d'une manière différente de celle envisagée par le *Code* les questions dont il se trouve saisi.

À mon avis, il n'existe aucune raison de s'écartier des propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Mills*, savoir que le *Code criminel* ne confère pas au juge chargé de l'enquête préliminaire la compétence de déterminer s'il y a eu violation ou négation d'un droit garanti par la *Charte*. L'interprétation législative et les principes directeurs appuient ce point de vue. En vertu du *Code criminel*, la tâche du juge à l'enquête préliminaire se borne à déterminer si la preuve est suffisante pour justifier une poursuite. Bien que le juge puisse rendre des décisions en matière de preuve à cette étape, ces décisions n'ont aucune incidence sur l'issue du procès ou sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé. Lorsqu'il détermine si la preuve est suffisante pour justifier un renvoi à procès, le juge n'a qu'à appliquer les règles de preuve existantes; la protection des droits de l'accusé n'exige pas davantage à cette étape. En ce qui concerne les principes directeurs, beaucoup d'arguments militent en faveur de laisser, dans la mesure du possible, au juge du procès le soin de se prononcer sur les contestations fondées sur la *Charte*. Le juge du procès aura vraisemblable-

likely, as in this case, to produce interlocutory appeals on narrow issues which may take years to complete, during which time the trial is delayed. All these reasons suggest constitutional questions are best left to the trial judge.

ment un tableau plus complet de la preuve et de son importance dans le contexte et il sera mieux placé pour trancher les questions de preuve. Par ailleurs, en admettant que le juge chargé de l'enquête préliminaire puisse trancher les questions constitutionnelles, ses décisions sont susceptibles de donner lieu, comme en l'espèce, à des appels interlocutoires sur des points restreints, dont le règlement risque de prendre des années, ce qui retarde le déroulement du procès. C'est pourquoi il est préférable de laisser au juge du procès le soin de trancher les questions constitutionnelles.

The position of a judge or magistrate on a preliminary inquiry is readily distinguished from the position of the arbitrator in *Douglas College*. The legislation governing the arbitrator in that case conferred on him wide powers to decide both questions of fact and law and to finally resolve the dispute between the parties. That task could not be achieved without deciding the *Charter* issue. As La Forest J. put it in *Douglas College*, at p. 604: "The citizen, when appearing before decision-making bodies set up to determine his or her rights and duties, should be entitled to assert the rights and freedoms guaranteed by the Constitution." The contrary is true for a judge on a preliminary inquiry, whose only task is to determine whether prosecution in other proceedings is warranted. The rights of the accused need not and should not be resolved at this initial stage. The lack of power in a preliminary inquiry judge to decide constitutional questions does not prevent an accused from asserting his or her *Charter* rights; it merely defers the process until the accused is before the decision-making body charged with the task of fully determining the accused's "rights and duties" — the trial court.

For these reasons, I agree with the Court of Appeal that the preliminary inquiry judges were correct in holding that they did not have power to determine the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Code*.

On peut facilement faire la différence entre la situation d'un juge ou magistrat à l'enquête préliminaire et celle de l'arbitre dans l'arrêt *Douglas College*. Dans cette affaire, la loi habilitante conférait à l'arbitre de vastes pouvoirs lui permettant de trancher à la fois les questions de fait et de droit ainsi que le différend entre les parties. Il ne pouvait s'acquitter de cette tâche sans statuer sur la contestation fondée sur la *Charte*. Comme l'affirme le juge La Forest dans l'arrêt *Douglas College*, à la p. 604: «Le citoyen, qui comparaît devant des organismes décisionnels établis pour se prononcer sur ses droits et ses devoirs, devrait pouvoir faire valoir les droits et libertés garantis par la Constitution.» L'inverse est également vrai du juge chargé d'une enquête préliminaire, dont la seule tâche est de déterminer si des poursuites sont justifiées. Les droits de l'accusé n'ont pas besoin d'être déterminés à cette étape initiale et ne devraient pas l'être. Même si le juge chargé d'une enquête préliminaire n'a pas compétence pour trancher des questions constitutionnelles, l'accusé peut toujours faire valoir les droits qui lui sont garantis par la *Charte*; l'examen de cette question se trouve seulement retardé jusqu'à ce que l'accusé comparaisse devant l'organisme décideur chargé de se prononcer sur ses «droits et devoirs» — en l'occurrence le tribunal de première instance.

Pour ces motifs, je suis d'accord avec la Cour d'appel que les juges chargés de l'enquête préliminaire ont eu raison de conclure qu'ils n'avaient pas compétence pour statuer sur la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code*.

2. Was There a Right of Review of the Decision of the Preliminary Inquiry Judges?

If the preliminary inquiry judges in the cases under review had the power to determine the constitutional question, was their refusal to do so and their consequent decision to rule out the evidence of other sexual conduct of the complainants an error of jurisdiction so as to be reviewable?

Given my answer to the first question, it is unnecessary to consider this issue. However, in view of the debate before us, it may be useful to review the principles governing *Charter* review at the stage of the preliminary inquiry. This Court has restricted the right to appeal from the rulings of preliminary inquiry judges to questions of loss or excess of jurisdiction: *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268. It has also said that *Charter* violations do not in themselves give rise to jurisdictional errors: *Mills, supra*. It follows that generally speaking in criminal cases, *Charter* review will take place at the trial stage: *Mills*.

The only exception to this rule would appear to be cases where no other remedy, existing or prospective, lies for a wrong under the *Charter*. In *Mills*, Lamer J. (as he then was) identified instances where an immediate or early remedy may be appropriately considered, referring to applications arising under s. 11 on account of delay, denial of reasonable bail, retrial for a second time, and bias in the proceedings. La Forest J. agreed (at p. 972):

While . . . the trial court will ordinarily be the appropriate court to grant the remedy, situations can arise where a trial court has not yet been set at the time when a remedy is required, or where a court is an inappropriate forum to seek a remedy because it is itself implicated in the breach of a constitutional right. In such cases, the competent court must be the superior court of the province in the exercise of its inherent jurisdiction.

2. Peut-on demander la révision de la décision des juges chargés de l'enquête préliminaire?

Si en l'espèce les juges chargés de l'enquête préliminaire avaient compétence pour trancher la question constitutionnelle, leur refus de le faire et leur décision ultérieure d'exclure la preuve d'autres rapports sexuels des plaignantes constituent-ils une erreur de compétence donnant lieu à révision?

Compte tenu de ma réponse à la première question, il est inutile d'examiner ce point. Toutefois, étant donné le débat dont nous sommes saisis, il peut s'avérer utile de revoir les principes applicables à l'examen judiciaire fondé sur la *Charte* à l'étape de l'enquête préliminaire. En ce qui concerne les décisions rendues par le juge à l'enquête préliminaire, notre Cour a statué que seules les questions de perte ou d'excès de compétence pouvaient donner lieu à un appel: *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268. La Cour a aussi affirmé que les violations de la *Charte* ne suffisent pas en soi à faire naître une erreur de compétence: *Mills*, précité. Il s'ensuit que, en règle générale, en matière criminelle, l'examen fondé sur la *Charte* se déroulera à l'étape du procès: *Mills*.

La seule exception à cette règle semble être le cas où il n'y a aucune autre réparation, existante ou possible, applicable à la violation d'un droit garanti par la *Charte*. Dans l'arrêt *Mills*, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, fait mention de cas où la réparation devrait être immédiate ou être accordée rapidement; il s'agit des demandes en vertu de l'art. 11 concernant le délai, le déni d'un cautionnement raisonnable, la tenue d'un nouveau procès et le parti pris dans les procédures. Le juge La Forest est d'accord (à la p. 972):

[B]ien que ce soit normalement la juridiction de première instance qui ait compétence pour accorder la réparation, des situations peuvent se présenter dans lesquelles le tribunal devant lequel se déroulera le procès n'a pas encore été déterminé au moment où le besoin d'une réparation se fait sentir, ou dans lesquelles il ne convient pas de demander une réparation à ce tribunal parce que celui-ci a lui-même contribué à porter atteinte à un droit garanti par la Constitution. Dans ces cas, le tribunal compétent doit être la cour supérieure de la province dans l'exercice de sa compétence inhérente.

Thus while *Charter* review will normally take place at trial, it may be possible to seek earlier review in cases where there is no other remedy for a wrong.

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

3. Was the Order Made With Respect to Gayme Reviewable?

Gayme argues that Galligan J.'s order remitting his case to the preliminary inquiry judge was made under s. 24(1), from which there is no review under the *Criminal Code*: *Mills*, pp. 959-60. His application was framed both in terms of *certiorari* and a declaration under s. 24(1). The *Criminal Code* grants an appeal from an order for jurisdictional review in the nature of *certiorari*, but none from a declaration under s. 24 of the *Charter*.

While the matter is not entirely clear, the reasons of Galligan J. suggest that he was not proceeding under s. 24(1). Thus he states: "it is unnecessary to deal with the Gayme application for declaratory relief." On the whole of the record, I am satisfied that the matter should be viewed as having proceeded as a simple application for judicial review, and that an appeal lay to the Ontario Court of Appeal.

4. Disposition

The conclusion that the preliminary inquiry judges lacked jurisdiction to determine the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code* led the Court of Appeal to conclude that the committals were correct and that the matters should proceed to trial. I

Ainsi, bien que l'examen fondé sur la *Charte* ait normalement lieu à l'étape du procès, il est possible de chercher à l'obtenir auparavant dans les cas où il n'existe pas d'autre réparation.

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

3. L'ordonnance rendue à l'égard de Gayme était-elle susceptible de révision?

Gayme prétend que le renvoi de l'affaire au juge chargé de l'enquête préliminaire, ordonné par le juge Galligan, a été effectué en vertu du par. 24(1) et qu'il n'est donc pas susceptible d'examen en vertu du *Code criminel*: *Mills*, aux pp. 959 et 960. Il a présenté une demande de *certiorari* et de jugement déclaratoire en vertu du par. 24(1). Le *Code criminel* prévoit la possibilité d'interjeter appel contre une ordonnance de révision en matière de compétence par voie de *certiorari*, mais non contre un jugement déclaratoire rendu en vertu de l'art. 24 de la *Charte*.

Bien que cette question ne soit pas très claire, les motifs du juge Galligan laissent supposer qu'il ne procédait pas en vertu du par. 24(1). En effet, il dit: [TRADUCTION] «il est inutile d'examiner la demande de jugement déclaratoire de Gayme». D'après l'ensemble du dossier, je suis convaincue que l'affaire a été traitée comme une simple demande de révision et qu'un appel pouvait être formé devant la Cour d'appel de l'Ontario.

4. Dispositif

La conclusion que les juges chargés de l'enquête préliminaire n'avaient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel* a amené la Cour d'appel à décider que les renvois étaient justifiés et que les procès devaient

agree that these matters cannot be sent back to the preliminary inquiry judges; given that their commitments have been upheld, they are now *functus*. Nothing would be gained by remitting the matters to the preliminary inquiry judges. The proper evidence will be admitted at trial, where the guilt or innocence of the accused stands to be determined.

avoir lieu. Je conviens que ces affaires ne peuvent pas être renvoyées aux juges chargés de l'enquête préliminaire qui ont épuisé leurs pouvoirs à cet égard puisque les renvois à procès ont été maintenus. Le renvoi des affaires aux juges chargés de l'enquête préliminaire n'avancerait à rien. Les éléments de preuve appropriés seront admis aux procès au cours desquels sera déterminée la culpabilité ou l'innocence des accusés.

b

I wish to add that, given the conclusions of the Court on the jurisdictional issue, it was not strictly necessary, for the Court of Appeal or this Court, to consider the constitutional issues. Due to the importance of these issues, the full analysis in the lower courts and in argument on these appeals, and the desirability in the circumstances of ensuring that the trial proceed on the correct basis, this Court has chosen to deal with the constitutional issues. However, in view of the unusual circumstances giving rise to these appeals (including the fact that the decision of Galligan J. raising the constitutional questions was decided before *R. v. Mills*), this case should not be used as precedent to support a *Charter* challenge in cases where the *Charter* issue is not necessary for a disposition of the case.

Je tiens à ajouter que, compte tenu des conclusions de la Cour sur la question de compétence, il n'était pas strictement nécessaire pour la Cour d'appel ou notre Cour d'examiner les questions constitutionnelles. Notre Cour a décidé de le faire en raison de l'importance des questions posées et de l'analyse approfondie qui en a été faite devant les tribunaux d'instance inférieure et dans les débats des présents pourvois et aussi parce qu'il est souhaitable, dans les circonstances, de s'assurer que les procès se poursuivront sur un fondement approprié. Toutefois, compte tenu des circonstances inhabituelles qui ont donné lieu aux pourvois (dont le fait que la décision du juge Galligan qui a soulevé les questions constitutionnelles a été rendue avant l'arrêt *R. c. Mills*), la présente affaire ne devrait pas être invoquée comme précédent à l'appui d'une contestation constitutionnelle dans des cas où il n'est pas nécessaire de répondre à une question relative à la *Charte* pour trancher un litige.

f

### Conclusion

g

I would dismiss the appeals and affirm the order of the Court of Appeal that these cases proceed to trial. I would answer the constitutional questions as follows:

h

1. Whether s. 246.6 [now 276] or 246.7 [now 277] of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

i

Yes, s. 276 is inconsistent with s. 7 and s. 11(d). Section 277 is not.

j

2. If s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof.

Oui, l'art. 276 est incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d). L'article 277 ne l'est pas.

2. Si l'art. 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

No.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in part):

### Introduction

These two appeals are about relevance, myths and stereotypes in the context of sexual assaults. More particularly, is the prior sexual history of a complainant, in the trial of an accused charged with sexual assault, relevant and/or admissible? In that regard, the constitutionality of ss. 276 and 277 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly ss. 246.6 and 246.7) is challenged as violating ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Both appellants, Seaboyer and Gayme, were charged with sexual assault. During his preliminary inquiry, the appellant Gayme sought to adduce evidence of the complainant's prior sexual history. Since ss. 276 and 277 of the *Code* prohibit the admission of the evidence, Gayme asked the preliminary hearing judge to strike down the impugned provisions on the basis that they violated his *Charter* right to a fair trial. The judge determined that he had no jurisdiction to apply s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, and disallowed the proposed evidence and cross-examination. The appellant Gayme was committed for trial.

The appellant Seaboyer was committed for trial after the conclusion of his preliminary inquiry. Along with the appellant Gayme, Seaboyer applied to the Supreme Court of Ontario for an order quashing his committal. The appellant Gayme also applied for declaratory relief, but this application was not addressed by the court. Galligan J. heard the appellants' applications together. He struck down ss. 276 and 277 of the *Code*, holding that they infringed ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, and quashed the committals. He referred the cases back for a continuation of

Non.

Les motifs des juges L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente en partie):

### Introduction

Ces deux pourvois mettent en cause la pertinence, les mythes et les stéréotypes dans le contexte d'agressions sexuelles. Plus particulièrement, la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante est-elle pertinente et admissible lors du procès d'un prévenu inculpé d'une agression sexuelle? Dans ce contexte est mise en cause la constitutionnalité des art. 276 et 277 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant les art. 246.6 et 246.7), au motif que ces articles contreviendraient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les deux appellants, Seaboyer et Gayme, ont été accusés d'agression sexuelle. Au cours de l'enquête préliminaire, Gayme a cherché à présenter une preuve sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante. Comme les art. 276 et 277 du *Code* interdisent l'admissibilité de cette preuve, Gayme a demandé au juge chargé de l'enquête préliminaire de déclarer inopérantes les dispositions attaquées au motif qu'elles violaient son droit à un procès équitable garanti par la *Charte*. Le juge a déterminé qu'il n'avait pas compétence pour appliquer l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et a rejeté la preuve proposée ainsi que le contre-interrogatoire. L'appellant Gayme a été renvoyé à son procès.

L'appelant Seaboyer a été renvoyé à son procès à la fin de l'enquête préliminaire. Les appellants Gayme et Seaboyer ont tous les deux demandé à la Cour suprême de l'Ontario d'annuler le renvoi à procès. L'appelant Gayme avait aussi présenté une demande de jugement déclaratoire, mais cette demande n'a pas été examinée par la cour. Le juge Galligan a entendu les deux appels en même temps. Il a déclaré inopérants les art. 276 et 277 du *Code* au motif qu'ils contrevenaient à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte* et a annulé les renvois à procès. Il a renvoyé les affaires

the preliminary inquiries. The appellants have yet to be tried for the offences charged.

The Crown appealed the order of Galligan J. The Ontario Court of Appeal allowed the appeal and restored the committals: (1987), 61 O.R. 290. The majority held that the refusal of the preliminary inquiry judge to permit the cross-examination of the complainant on her prior sexual history did not amount to jurisdictional error, hence *certiorari* to quash the committal did not lie. Further, a preliminary hearing judge was not a court of competent jurisdiction, and thus had no jurisdiction to grant a remedy to the accused for a breach of the *Charter*. In the words of the majority, “[t]he Provincial Court judges could hardly be said to have lost jurisdiction by failing to take action which they had no jurisdiction to take” (p. 296). Although this was sufficient to dispose of the appeals, the Court of Appeal considered the merits of the substantive constitutional question in order to provide guidance to the trial judges who would be hearing the cases. The majority held that, while the provisions had a constitutionally valid purpose, they may, in effect, violate *Charter* rights on rare occasions. They further held that the provisions could not be saved under s. 1. Instead, however, of declaring them invalid, the Court of Appeal held that, since the occasions where they would have an unconstitutional effect would be rare, the provisions would be operative except in those limited circumstances.

Upon an appeal to this Court by the two accused, this Court now dismisses the two appeals and upholds the decision of the Ontario Court of Appeal regarding the jurisdiction of the judge conducting the preliminary hearing. I agree with the majority in that respect. The majority also rejects the contention that s. 277 of the *Code* is unconstitutional and I heartily agree with their conclusion. However, the majority of this Court also finds s. 276 of the *Criminal Code* unconstitutional as infringing ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, not capa-

aux juges chargés de l'enquête préliminaire. Les procès des appellants n'ont pas encore eu lieu.

a Le ministère public a interjeté appel de l'ordonnance du juge Galligan. La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et rétabli les renvois à procès: (1987), 61 O.R. 290. La Cour d'appel, à la majorité, a statué que le refus du juge à l'enquête préliminaire d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante sur son comportement sexuel antérieur ne constituait pas une erreur de compétence et qu'en conséquence un *certiorari* ne pouvait pas être émis pour annuler les renvois à procès. En outre, la cour a affirmé que le juge à l'enquête préliminaire ne constituait pas un tribunal compétent et qu'il n'avait donc pas juridiction pour accorder à l'accusé une réparation pour violation d'un droit garanti par la *Charte*. Selon la cour, à la majorité, [TRADUCTION] «[o]n ne saurait dire que les juges de la Cour provinciale ont excédé leur juridiction en omettant de rendre une décision qu'ils n'étaient nullement autorisés à rendre» (p. 296). Même si cela suffisait pour trancher les questions en litige, la Cour d'appel a examiné le mérite de la question constitutionnelle afin de guider les juges du procès qui allaient entendre ces affaires. La cour, à la majorité, a statué que bien que ces dispositions aient un objectif valide du point de vue constitutionnel, elles pouvaient, à de rares occasions, contrevienir aux droits garantis par la *Charte*. La cour a, par ailleurs, jugé que ces dispositions ne pouvaient être sauvegardées par l'article premier. Plutôt que de les déclarer inopérantes, la Cour d'appel a décidé que, puisque les cas où ces dispositions auraient un effet inconstitutionnel sont rares, elles continueraient de s'appliquer, sauf dans ces circonstances limitées.

b  
c  
d  
e  
f  
g  
h  
i  
j  
Notre Cour, statuant sur les deux appels interjetés par les accusés, les rejette et confirme la décision de la Cour d'appel de l'Ontario relativement à la compétence du juge chargé de l'enquête préliminaire. Je souscris à l'opinion de la majorité sur ce point. Notre Cour à la majorité rejette aussi l'allégation que l'art. 277 du *Code* est inconstitutionnel et je partage entièrement cette opinion. Toutefois, notre Cour à la majorité est également d'avis que l'art. 276 du *Code criminel* est inconstitutionnel en ce qu'il contreviendrait à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne*.

ble of being saved by s. 1 of the *Charter*. With that finding I strongly disagree.

In the discussion that follows, I refrain from discussing the facts of the two cases since trial awaits and it will be the responsibility of the triers of fact to make the pertinent findings. The present discussion thus only addresses the constitutional questions as regards s. 276 of the *Criminal Code*.

### Relevant Statutory Provisions

Sections 276 and 277 (formerly ss. 246.6 and 246.7) are the *Criminal Code* sections under constitutional attack in these two appeals. The provisions apply to charges of sexual assault, sexual assault with a weapon, sexual assault causing bodily harm or accompanied with threats to a third party, and aggravated sexual assault.

#### *Criminal Code*

**276. (1)** In proceedings in respect of an offence under section 271, 272 or 273, no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused concerning the sexual activity of the complainant with any person other than the accused unless

(a) it is evidence that rebuts evidence of the complainant's sexual activity or absence thereof that was previously adduced by the prosecution;

(b) it is evidence of specific instances of the complainant's sexual activity tending to establish the identity of the person who had sexual contact with the complainant on the occasion set out in the charge; or

(c) it is evidence of sexual activity that took place on the same occasion as the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, where that evidence relates to the consent that the accused alleges he believed was given by the complainant.

**(2)** No evidence is admissible under paragraph (1)(c) unless

(a) reasonable notice in writing has been given to the prosecutor by or on behalf of the accused of his intention to adduce the evidence together with particulars of the evidence sought to be adduced; and

(b) a copy of the notice has been filed with the clerk of the court.

*des droits et libertés* et ne peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. J'inscris mon profond désaccord avec cette conclusion.

Dans l'analyse qui suit, je m'abstiendrai d'examiner les faits de ces deux affaires qui sont en attente de procès puisqu'il appartiendra aux juges du procès de rendre les décisions pertinentes. Je n'examinerai donc que les questions constitutionnelles qui concernent l'art. 276 du *Code criminel*.

### Les dispositions législatives

Les deux pourvois portent sur les art. 276 et 277 (auparavant les art. 246.6 et 246.7) du *Code criminel*. Ces dispositions touchent les accusations d'agression sexuelle, d'agression sexuelle armée, d'agression sexuelle causant des lésions corporelles ou accompagnée de menaces à une tierce personne et d'agression sexuelle grave.

#### *Code criminel*

**276. (1)** Dans des procédures à l'égard d'une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273, l'accusé ou son représentant ne peuvent présenter une preuve concernant le comportement sexuel du plaignant avec qui que soit d'autre que l'accusé à moins qu'il ne s'agisse:

a) d'une preuve qui repousse une preuve préalablement présentée par la poursuite et portant sur le comportement ou l'absence de comportement sexuel du plaignant;

b) de la preuve d'un rapport sexuel du plaignant présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'accusation;

c) d'une preuve d'actes de conduite sexuelle qui ont eu lieu en même temps que ceux qui sont à l'origine de l'accusation dans les cas où la preuve porte sur le consentement que l'accusé croyait que le plaignant avait donné.

**(2)** Aucune preuve n'est admissible en vertu de l'alinéa (1)c) à moins:

a) d'une part, qu'un avis raisonnable n'ait été donné par écrit au poursuivant par l'accusé ou en son nom, de son intention de produire cette preuve, et faisant état des détails qui s'y rapportent;

b) d'autre part, qu'une copie de cet avis n'ait été déposée auprès du greffier du tribunal.

(3) No evidence is admissible under subsection (1) unless the judge, provincial court judge or justice, after holding a hearing in which the jury and the members of the public are excluded and in which the complainant is not a compellable witness, is satisfied that the requirements of this section are met.

**277.** In proceedings in respect of an offence under section 271, 272 or 273, evidence of sexual reputation, whether general or specific, is not admissible for the purpose of challenging or supporting the credibility of the complainant.

#### *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;

**15.** (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

**28.** Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

#### Issues

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on September 28, 1988:

1. Whether s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof?

(3) Aucune preuve n'est admissible en vertu du paragraphe (1) à moins que le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos en l'absence du jury et lors de laquelle le plaignant n'est pas un témoin contrainable, ne soit convaincu que les exigences énumérées au présent article ont été respectées.

**277.** Dans des procédures portant sur une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273, une preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant est inadmissible.

#### *Charte canadienne des droits et libertés*

**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;

**15.** (1) La loi ne fait acceptation de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

**28.** Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

#### Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes furent énoncées par le juge en chef Dickson le 28 septembre 1988:

i. 1. L'article 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

j. 2. Si l'art. 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

The other issues are as follows:

1. If ss. 246.6 and/or 246.7 of the *Criminal Code* are declared inoperative, what is the governing law?
2. If the sections are inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and not justified, is this an appropriate case to declare a constitutional exemption in favour of the accused?
3. Does a judge conducting a preliminary inquiry have the jurisdiction to grant relief under s. 24 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*?
4. Whether the remedy of *certiorari* is available in the circumstances of this case.

### Analysis

Of tantamount importance in answering the constitutional questions in this case is a consideration of the prevalence and impact of discriminatory beliefs on trials of sexual offences. These beliefs affect the processing of complaints, the law applied when and if the case proceeds to trial, the trial itself and the ultimate verdict. It is my view that the constitutional questions must be examined in their broader political, social and historical context in order to attempt any kind of meaningful constitutional analysis. The strength of this approach was discussed by Wilson J., in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1352. She states at p. 1355 that, “[o]ne virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context.”

An introductory note of more than passing importance is the use of terminology in these reasons. A woman who has been sexually assaulted may be referred to, in reported decisions, as the “prosecutrix”, the “alleged victim” or the “complainant”. The use of the term prosecutrix stems from the historical fact that the victim of the assault was responsible for

Les autres questions sont les suivantes:

1. Si l’art. 246.6 ou 246.7 du *Code criminel*, ou les deux, sont déclarés inopérants, quelles sont alors les règles de droit applicables?
2. Si les articles sont incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne sont pas justifiés en vertu de l’article premier, convient-il de déclarer une exemption constitutionnelle en faveur de l’accusé?
3. Le juge chargé de l’enquête préliminaire a-t-il la compétence requise pour accorder réparation en vertu de l’art. 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?
4. Dans les circonstances, le redressement par voie de *certiorari* peut-il être invoqué?

### Analyse

Afin de répondre aux questions constitutionnelles soulevées dans le présent pourvoi, il est de toute première importance d’examiner la prévalence et l’impact des croyances discriminatoires sur le déroulement des procès pour infractions d’ordre sexuel. Ces croyances influent sur le traitement des plaintes, les règles de droit appliquées lorsque et si le procès s’instruit, le déroulement du procès et le verdict rendu. J’estime que les questions constitutionnelles doivent être examinées dans un plus large contexte politique, social et historique pour tenter d’en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens. Le juge Wilson a discuté de l’intérêt de cette approche dans l’arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1352. Elle dit à la p. 1355: «Il me semble qu’une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu’une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte.»

En guise de note introductive, qui n'est pas sans importance, il y a lieu d'expliquer la terminologie qui sera utilisée dans les présents motifs. Dans les décisions publiées, une femme qui a été agressée sexuellement est la «poursuivante», la «prétendue victime» ou la «plainte». L'utilisation du terme «poursuivante» découle du fait historique qu'il appartenait à

bringing a civil suit in order that her injury could be redressed. Presently, it is the state that initiates and directs the prosecution of such offences; nevertheless this phrase may still be employed. As the phrase is clearly archaic and has pejorative connotations, I will avoid its usage. A more difficult choice presents itself regarding the characterization of a sexually assaulted woman as "complainant" or "alleged victim". In my view these descriptions are also problematic, the former in its harshness (especially in this context) and the latter in its presumption that the woman has nothing to complain of. The latter description is, however, accurate in that, in law, one cannot be the victim of the assaultive conduct of an accused until the accused has been found guilty beyond a reasonable doubt. In this sense, the phrase is accurate (excepting of course those cases where an assault occurred but the accused successfully pleads the defence of honest but mistaken belief in consent). Due, however, to its over-inclusiveness and presumptive character, I will avoid using the term "alleged victim" in these reasons. While "complainant" suffers from many of the same defects as the previous terms, it is nevertheless the least infirm of the three and, thus, I will use it throughout these reasons.

Finally, the provisions that are the subject of the constitutional challenge in the present case are commonly referred to as "rape shield" provisions. Implicit in this description is a presumption as to their purpose: that it is solely to shield a complainant from the rigours of cross-examination at trial. As I hope to make clear through the course of my reasons, although protecting the complainant may be one of the purposes of the provisions, it is neither the only one, nor necessarily the most important. As a result, I will not use this inaccurate shorthand in referring to these provisions.

### Sexual Assault

Sexual assault is not like any other crime. In the vast majority of cases the target is a woman and the perpetrator is a man (98.7 percent of those charged with sexual assault are men: *Crime Statistics 1986*, quoted in T. Dawson, "Sexual Assault Law and Past Sexual Conduct of the Primary Witness: The Con-

la victime de l'agression d'intenter une poursuite civile pour obtenir réparation. À l'heure actuelle, c'est le ministère public qui intente et dirige les poursuites de cette nature; néanmoins, il arrive que ce terme soit encore utilisé. Comme il est nettement archaïque et a une connotation péjorative, j'éviterai de l'utiliser. Le choix est plus difficile lorsqu'il s'agit de qualifier la femme qui a été agressée sexuellement de «plaignante» ou de «prétendue victime». À mon avis, ces termes présentent aussi des problèmes; le premier a une connotation dure (tout particulièrement dans ce contexte), le deuxième laisse présumer que la femme n'a aucun motif de se plaindre. Toutefois, cette dernière description est exacte en droit puisqu'une personne ne peut être la victime de l'agression d'un accusé tant que celui-ci n'a pas été déclaré coupable hors de tout doute raisonnable. En ce sens, le terme est exact (sauf bien entendu dans les cas où, à la suite d'une agression, l'accusé réussit à faire valoir sa croyance sincère mais erronée au consentement). Toutefois, en raison du caractère trop général de ce terme et de la présomption qu'il crée, j'éviterai d'utiliser l'expression la «prétendue victime» dans mes motifs. Bien que le terme «plaignante» comporte autant de lacunes que les autres, c'est néanmoins celui des trois qui en comporte le moins et je l'utiliserais donc dans mon opinion.

Enfin, les dispositions qui font ici l'objet de la contestation constitutionnelle sont communément appelées «dispositions sur la protection des victimes de viol». Cette description renferme implicitement une présomption quant à leur objet: simplement protéger la plaignante contre les rigueurs du contre-interrogatoire au procès. Comme je l'établirai clairement, je l'espère, bien que ces dispositions visent la protection de la plaignante, il ne s'agit pas là de leur seul objet, ni nécessairement du plus important. En conséquence, je n'emploierai pas cette expression inexacte lorsque je me référerai à ces dispositions.

### L'agression sexuelle

L'agression sexuelle est différente d'un autre crime. Dans la vaste majorité des cas, la cible est une femme et l'agresseur est un homme (98,7 pour 100 des personnes accusées d'agression sexuelle sont des hommes: *Statistiques criminelles 1986*, cité dans T. Dawson, «Sexual Assault Law and Past Sexual Con-

struction of Relevance" (1988), 2 *C.J.W.L.* 310, at note 72, p. 326). Unlike other crimes of a violent nature, it is for the most part unreported. Yet, by all accounts, women are victimized at an alarming rate and there is some evidence that an already frighteningly high rate of sexual assault is on the increase. The prosecution and conviction rates for sexual assault are among the lowest for all violent crimes. Perhaps more than any other crime, the fear and constant reality of sexual assault affects how women conduct their lives and how they define their relationship with the larger society. Sexual assault is not like any other crime.

duct of the Primary Witness: The Construction of Relevance» (1988), 2 *C.J.W.L.* 310, note 72, à la p. 326). Contrairement aux autres crimes de nature violente, ces crimes sont en grande partie non rapportés. Toutefois, il est reconnu que les femmes continuent d'être victimisées à un rythme alarmant et il existe certaines indications que le taux déjà effroyablement élevé d'agressions sexuelles est à la hausse. En ce qui concerne les agressions sexuelles, les taux de poursuite et de déclaration de culpabilité sont parmi les moins élevés de tous les crimes violents. Peut-être plus que dans le cas de tout autre crime, la crainte et la réalité constante de l'agression sexuelle influent sur la façon dont les femmes organisent leur vie et définissent leurs rapports avec l'ensemble de la société. L'agression sexuelle est différente d'un autre crime.

<sup>a</sup> Selon des estimations prudentes, au moins une femme sur cinq, au Canada, sera agressée sexuellement pendant sa vie (voir J. Brickman et J. Briere, «Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population» (1985), 7 *Int'l J. of Women's Stud.* 195). Le Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes précise qu'une femme sur deux sera victime d'actes sexuels non désirés (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984)). Bien que les sociologues reconnaissent que la fréquence des agressions sexuelles est élevée, ils admettent qu'il est impossible, pour diverses raisons, de mesurer avec exactitude le taux réel de victimisation. Toutefois, selon Brickman et Briere, précité, les chiffres de la police [TRADUCTION] «peuvent être multipliés entre cinq et vingt fois pour corriger la sous-estimation du nombre de victimes». (Voir aussi LeGrand, «Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law» (1973), 61 *Calif. L. Rev.* 919, à la p. 939, et L. Clark et D. Lewis, *Rape: The Price of Coercive Sexuality* (1977), à la p. 57.) Bien qu'il y ait un écart important entre le nombre d'incidents rapportés et le nombre réel de victimes, il y a un écart additionnel entre ce que les chercheurs nous indiquent comme nombre réel et le nombre véritable de victimes.

<sup>j</sup> Il existe nombre de raisons de nature à inciter les femmes à ne pas porter plainte: la crainte de représailles, la crainte que leur traumatisme se prolonge

Conservative estimates inform us that, in Canada, at least one woman in five will be sexually assaulted during her lifetime (see J. Brickman and J. Briere, "Incidence of Rape and Sexual Assault in an Urban Canadian Population" (1985), 7 *Int'l J. of Women's Stud.* 195). The Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths warns that one in two females will be the victim of unwanted sexual acts (*Sexual Offences Against Children* (1984)). While social scientists agree that the incidence of sexual assault is great, they also agree that it is impossible, for a variety of reasons, to measure accurately the actual rate of victimization. However, Brickman and Briere, *supra*, report that police figures "may be multiplied anywhere from five to twenty times to correct for victim under-reporting". (See also LeGrand, "Rape and Rape Laws: Sexism in Society and Law" (1973), 61 *Calif. L. Rev.* 919, at p. 939, and L. Clark and D. Lewis, *Rape: The Price of Coercive Sexuality* (1977), at p. 57.) While there is a large gap between reported incidents and actual victimization, there is a further gap between what researchers tell us are the actual numbers and what the actual numbers are.

There are a number of reasons why women may not report their victimization: fear of reprisal, fear of a continuation of their trauma at the hands of the

police and the criminal justice system, fear of a perceived loss of status and lack of desire to report due to the typical effects of sexual assault such as depression, self-blame or loss of self-esteem. Although all of the reasons for failing to report are significant and important, more relevant to the present inquiry are the numbers of victims who choose not to bring their victimization to the attention of the authorities due to their perception that the institutions with which they would have to become involved will view their victimization in a stereotypical and biased fashion. In the report of the Solicitor General of Canada, *Canadian Urban Victimization Survey: Reported and Unreported Crimes* (1984), the statistics in this regard are noted at p. 10:

Analysis of reasons for failure to report incidents confirms many of the concerns which have already been noted by rape crisis workers—that women fear revenge from the offender (a factor in 33% of the unreported incidents) and, even more disturbingly, that they often fail to report because of their concern about the attitude of police or courts to this type of offence (43% of unreported incidents).

(See also L. Holmstrom and A. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), at p. 58, and P. Marshall, "Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216, at p. 217.)

The woman who comes to the attention of the authorities has her victimization measured against the current rape mythologies, i.e., who she should be in order to be recognized as having been, in the eyes of the law, raped; who her attacker must be in order to be recognized, in the eyes of the law, as a potential rapist; and how injured she must be in order to be believed. If her victimization does not fit the myths, it is unlikely that an arrest will be made or a conviction obtained. As prosecutors and police often suggest, in an attempt to excuse their application of stereotype, there is no point in directing cases toward the justice system if juries and judges will acquit on the basis of their stereotypical perceptions of the "supposed victim" and her "supposed" victimization. K. Williams, *The Prosecution of Sexual Assaults* (1978), discusses,

face à la police et au système de justice pénale, la crainte d'une perte apparente de statut et le peu d'intérêt à signaler une agression sexuelle à cause de ses répercussions typiques comme la dépression, les reproches personnels ou la perte d'estime de soi. Bien que toutes ces raisons soient significatives et importantes, le fait le plus pertinent pour nos fins est le nombre de victimes qui choisissent de ne pas porter plainte auprès des autorités parce qu'elles estiment que les institutions responsables considéreront leur plainte d'une façon stéréotypée et partielle. Dans le rapport du Solliciteur général du Canada, *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Crimes signalés et crimes non signalés* (1984), les statistiques à cet égard sont précisées à la p. 10:

L'analyse des raisons pour lesquelles on n'a pas signalé les incidents confirme beaucoup des préoccupations qui ont déjà été relevées par les travailleurs de l'aide aux victimes de viol, à savoir que les femmes craignent des représailles de l'agresseur (un facteur qui intervient dans 33 % des incidents non signalés) et, fait encore plus alarmant, qu'elles s'abstiennent souvent de signaler l'incident à cause de leur appréhension concernant l'attitude de la police ou des tribunaux à l'égard de ce genre d'infraction (43 % des incidents non signalés).

(Voir aussi L. Holmstrom et A. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), à la p. 58, et P. Marshall, «Sexual Assault, The Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216, à la p. 217.)

La femme qui dépose une plainte auprès des autorités voit sa situation analysée en fonction des mythes courants à l'égard du viol, c'est-à-dire qui elle devrait être pour que la loi reconnaîsse qu'elle a été violée; qui devrait être l'agresseur pour que la loi reconnaîsse qu'il peut être un violeur et quelle doit être l'ampleur des blessures qu'elle a subies pour qu'on la croit. Si la situation de la victime ne correspond pas aux mythes, il est peu probable qu'une arrestation sera effectuée ou une déclaration de culpabilité obtenue. Comme l'indiquent souvent les poursuivants et la police pour tenter de s'excuser d'avoir recours à des stéréotypes il est inutile de saisir le système de justice d'une plainte si les jurys et les juges acquitteront l'accusé en raison de leur perception stéréotypée de la «supposée victime» et de la «supposée» victimis-

at p. 42, the attrition rate for sexual assault cases as they progress through the system:

... the D.C. Task Force on Rape reported their concern that sexual assault cases did not fare well in the courts. They were not sure, however, whether this reflected normal attrition, experienced with all cases, or whether rape cases were particularly prone to dismissal. The latter seems to be true. In our analysis, rape cases were less likely to result in conviction than cases of robbery, burglary, and murder. The only crime with an attrition rate at all comparable was aggravated assault. There is an explanation for a large part of the attrition rate of assault cases, but it does not apply to rape. Over 60 percent of the rejections at screening and over one-half of the later dismissals in aggravated assault cases can be attributed to the complaining witness's decision to stop cooperating with the prosecutor. The attrition that results from such a decision on the part of the victim does *not* account for the attrition in rape cases. Attrition in rape cases is more likely to be the result of the prosecutor's judgment that the victim's credibility is questionable. . . . Few cases . . . go to trial . . . . Most fall out of the system before they reach that stage. [Emphasis added.] [Italics in original.]

More specifically, police rely in large measure upon popular conceptions of sexual assault in order to classify incoming cases as "founded" or "unfounded". It would appear as though most forces have developed a convenient shorthand regarding their decisions to proceed in any given case. This shorthand is composed of popular myth regarding rapists (distinguishing them from men as a whole), and stereotype about women's character and sexuality. Holmstrom and Burgess, *supra*, at pp. 174-99, conveniently set out and explain the most common of these myths and stereotypes:

1. *Struggle and Force: Woman As Defender of Her Honor.* There is a myth that a woman cannot be raped

sation. K. Williams, *The Prosecution of Sexual Assaults* (1978), examine, à la p. 42, le taux d'élimination des plaintes d'agression sexuelle à l'intérieur du système de justice:

a

[TRADUCTION] . . . le groupe de travail sur le viol du D.C. s'inquiète du fait que les affaires d'agression sexuelle ne réussissent pas bien devant les tribunaux. Toutefois, il ne savait pas si ce phénomène était attribuable au taux normal d'élimination des plaintes, que l'on retrouve dans tous les dossiers, ou si les affaires de viol donnaient plus souvent lieu à des rejets. Cette dernière affirmation semble la bonne. Selon notre analyse, les affaires de viol sont moins susceptibles de donner lieu à une déclaration de culpabilité que celles de vol qualifié, de vol avec effraction et de meurtre. Le seul crime qui donne lieu à un taux d'élimination comparable est celui de voies de fait graves. On peut expliquer une grande partie du taux d'élimination des plaintes de voies de fait,

b

mais cette explication ne s'applique pas aux affaires de viol. Dans le cas des voies de fait graves, dans plus de 60 pour 100 des plaintes rejetées lors du filtrage initial et dans plus de la moitié des rejets qui ont lieu par la suite, c'est le témoin plaignant qui cesse de coopérer avec le ministère public. L'élimination des plaintes qui découle de la décision de la victime *ne permet pas* d'expliquer l'élimination des plaintes de viol. Dans les affaires de viol, l'élimination des plaintes résultera plus vraisemblablement du fait que le ministère public estime que la crédibilité de la plaignante est douteuse . . . . Peu de dossiers . . . se rendent au procès . . . . La plupart des affaires de cette nature n'atteignent pas cette étape.

c

[Je souligne.] [Italiques dans l'original.]

d

Plus spécifiquement, dans la classification des plaintes comme étant «fondées» ou «non fondées», la police se base en grande partie sur les conceptions populaires de l'agression sexuelle. La plupart des corps de police semblent avoir mis au point une méthode rapide pour décider s'ils doivent ou non donner suite à une plainte donnée. Cette méthode repose à la fois sur le mythe populaire du violeur (par opposition à l'ensemble des hommes) et sur le stéréotype concernant la moralité et la sexualité des femmes. Holmstrom et Burgess, précité, aux pp. 174 à 199, présentent et expliquent la plupart de ces mythes et stéréotypes.

e

1. Résistance et emploi de la force: La femme qui défend son honneur. Il existe un mythe

f

qui consiste à croire que les femmes qui résistent ou emploient la force pour empêcher un viol sont des femmes honnêtes et dignes de confiance.

g

Il existe également un mythe selon lequel les femmes qui sont violées sont généralement des femmes qui ont provoqué le viol ou qui ont consenti à l'avoir.

h

Il existe également un mythe selon lequel les femmes qui sont violées sont généralement des femmes qui ont provoqué le viol ou qui ont consenti à l'avoir.

i

Il existe également un mythe selon lequel les femmes qui sont violées sont généralement des femmes qui ont provoqué le viol ou qui ont consenti à l'avoir.

j

Il existe également un mythe selon lequel les femmes qui sont violées sont généralement des femmes qui ont provoqué le viol ou qui ont consenti à l'avoir.

Il existe également un mythe selon lequel les femmes qui sont violées sont généralement des femmes qui ont provoqué le viol ou qui ont consenti à l'avoir.

Il existe également un mythe selon lequel les femmes qui sont violées sont généralement des femmes qui ont provoqué le viol ou qui ont consenti à l'avoir.

against her will, that if she really wants to prevent a rape she can.

The prosecution attempts to show that she did struggle, or had no opportunity to do so, while the defence attempts to show that she did not.

Women know that there is no response on their part that will assure their safety. The experience and knowledge of women is borne out by the *Canadian Urban Victimization Survey: Female Victims of Crime* (1985). At page 7 of the report the authors note:

Sixty percent of those who tried reasoning with their attackers, and 60% of those who resisted actively by fighting or using weapon [sic] were injured. Every sexual assault incident is unique and so many factors are unknown (physical size of victims and offenders, verbal or physical threats, etc.) that no single course of action can be recommended unqualifiedly.

*2. Knowing the Defendant: The Rapist As a Stranger.* There is a myth that rapists are strangers who leap out of bushes to attack their victims. . . . the view that interaction between friends or between relatives does not result in rape is prevalent.

The defence uses the existence of a relationship between the parties to blame the victim. (Feild and Bienen, *infra*, report at p. 76 that "a significant proportion of reported rapes involve an assailant known by the victim." See also J. Check and N. Malamuth, "Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape" (1983), 45 *J. of Pers. and Soc. Psych.* 344, at pp. 344-45.)

*3. Sexual Reputation: The Madonna—Whore Complex.* . . . women . . . are categorized into one-dimensional types. They are maternal or they are sexy. They are good or they are bad. They are madonnas or they are whores.

The legal rules use these distinctions.

*4. General Character: Anything Not 100 Percent Proper and Respectable.* . . . Being on welfare or drinking or drug use could be used to discredit anyone, but where women are involved, these issues are used to imply that

qu'une femme ne peut pas être violée contre sa volonté et qu'elle peut empêcher le viol si elle le désire réellement.

a Le ministère public tente d'établir qu'elle a résisté ou n'a pas eu la chance de le faire et la défense tente de prouver le contraire.

b Les femmes savent qu'il n'existe pas de réponse de leur part qui assurera leur sécurité. *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Les femmes victimes d'actes criminels* (1985) vient confirmer l'expérience et la connaissance des femmes. Aux pages 7 et 8 du rapport, les auteurs indiquent:

c Soixante pour cent des victimes qui ont tenté de faire entendre raison à leur assaillant et 60 % de celles qui ont résisté activement en luttant avec lui ou en utilisant une arme ont été blessées. Chaque cas d'agression sexuelle est particulier et le nombre de facteurs inconnus est si élevé (taille de la victime et de l'assaillant, menaces verbales ou physiques, etc.) qu'il est impossible de recommander sans réserve une règle à suivre en toutes circonstances.

d [TRADUCTION] 2. *Le défendeur connu: Le violeur en tant qu'étranger.* Il existe un mythe que les violeurs sont des étrangers qui sortent des buissons pour attaquer leurs victimes . . . c'est un point de vue répandu qu'il ne peut y avoir de viol entre amis ou parents.

e g La défense utilise l'existence d'un lien entre les parties pour blâmer la victime. (Selon Feild et Bienen, *infra*, à la p. 76 [TRADUCTION] «dans une proportion importante des viols signalés, la victime connaît l'assaillant». Voir aussi J. Check et N. Malamuth, «Sex Role Stereotyping and Reactions to Depictions of Stranger Versus Acquaintance Rape» (1983), 45 *J. of Pers. and Soc. Psych.* 344, aux pp. 344 et 345.)

f h [TRADUCTION] 3. *La réputation sexuelle: Le complexe de la madone et de la prostituée.* . . . les femmes . . . sont classées par types à une seule dimension: elles sont maternelles ou sexy. Elles sont bonnes ou mauvaises. Elles sont des madones ou des prostituées.

i Les règles juridiques utilisent ces distinctions.

j [TRADUCTION] 4. *La réputation générale: Si la femme n'est pas convenable et respectable à 100 pour 100.* . . . Le fait de bénéficier de l'aide sociale, de consommer des boissons alcoolisées ou de la drogue peut servir

the woman consented to sex with the defendant or that she contracted to have sex for money.

5. *Emotionality of Females.* Females are assumed to be "more emotional" than males. The expectation is that if a woman is raped, she will get hysterical during the event and she will be visibly upset afterward. If she is able to "retain her cool," then people assume that "nothing happened". . .

6. *Reporting Rape.* Two conflicting expectations exist concerning the reporting of rape. One is that if a woman is raped she will be too upset and ashamed to report it, and hence most of the time this crime goes unreported. The other is that if a woman is raped she will be so upset that she will report it. Both expectations exist simultaneously.

7. *Woman as Fickle and Full of Spite.* Another stereotype is that the feminine character is especially filled with malice. Woman is seen as fickle and as seeking revenge on past lovers.

8. *The Female Under Surveillance: Is the Victim Trying to Escape Punishment?* . . . It is assumed that the female's sexual behavior, depending on her age, is under the surveillance of her parents or her husband, and also more generally of the community. Thus, the defense argues, if a woman says she was raped it must be because she consented to sex that she was not supposed to have. She got caught, and now she wants to get back in the good graces of whomever's surveillance she is under.

9. *Disputing That Sex Occurred.* That females fantasize rape is another common stereotype. Females are assumed to make up stories that sex occurred when in fact nothing happened. . . . Similarly, women are thought to fabricate the sexual activity not as part of a fantasy life, but out of spite.

10. *Stereotype of the Rapist.* One stereotype of the rapist is that of a stranger who leaps out of the bushes to attack his victim and later abruptly leaves her. . . . stereotypes of the rapist can be used to blame the victim. She tells what he did. And because it often does not match what jurors think rapists do, his behavior is held against her.

à attaquer la crédibilité de quiconque; toutefois, dans le cas des femmes, on se sert de ces facteurs pour insinuer que la femme a consenti aux rapports sexuels avec le défendeur ou échangé une faveur sexuelle contre de l'argent.

5. *Le caractère émotif des femmes.* On suppose que les femmes sont plus émitives que les hommes. Si une femme est violée, on s'attend qu'elle sera hystérique pendant l'incident et qu'elle sera visiblement troublée ensuite. Si elle est capable de «garder son sang-froid», les gens supposent qu'il ne s'est rien passé . . .

6. *Le dépôt d'une plainte de viol.* Il existe deux attentes contradictoires en ce qui concerne le dépôt des plaintes de viol. Premièrement, si une femme a été violée, elle sera trop bouleversée et honteuse pour déposer une plainte, c'est pourquoi la plupart de ces crimes ne sont pas signalés. Deuxièmement, si une femme est violée, elle sera si troublée qu'elle voudra déposer une plainte. Ces deux attentes existent simultanément.

7. *La femme est inconstante et rancunière.* Un autre stéréotype est que la femme est tout particulièrement méchante. On considère que les femmes sont inconstantes et rancunières à l'égard de leurs anciens amants.

8. *La femme sous surveillance: La victime essaie-t-elle d'échapper à une peine?* [ . . . ] On suppose que le comportement sexuel de la femme, dépendant de son âge, est surveillé par ses parents ou son mari et plus généralement par la collectivité. Si une femme dit qu'elle a été violée, la défense prétend alors qu'elle a consenti à des rapports sexuels qu'elle n'était pas supposée avoir. Elle s'est fait prendre et veut se racheter aux yeux de la personne qui la surveillait.

9. *Contestation de l'existence des rapports sexuels.* Un autre stéréotype répandu est que les femmes se laissent aller à des fantasmes sur le viol. On présume que les femmes inventent des récits de rapports sexuels, lorsqu'en fait il ne s'est rien passé [ . . . ] On croit aussi que les femmes fabriquent des récits de comportement sexuel non pas dans le cadre de fantasmes, mais par rancune.

10. *Le stéréotype du violeur.* Le stéréotype du violeur est qu'il est un étranger qui sort des buissons pour attaquer sa victime et s'enfuit ensuite [ . . . ] on peut utiliser les stéréotypes du violeur pour blâmer la victime. Elle raconte ce qu'il lui a fait. Puisqu'il arrive souvent que le récit de la victime ne correspond pas à l'idée que les jurés se font d'un violeur, le comportement de ce dernier joue contre elle.

A corollary of this myth is the belief that rapists are not "normal" and are "mentally ill".

This Court has previously examined the application of myth and stereotype to women in the realm of the criminal law. In *R. v. Lavalée*, [1990] 1 S.C.R. 852, this Court considered the negative impact of stereotypes about battered women and held at p. 890 that "[e]xpert evidence can assist the jury in dispelling these myths." L. Vandervort, "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987), 2 *C.J.W.L.* 233, at p. 258, note 43, suggests that, "[t]he criminal justice system can play a major role in the process of replacing 'mythical' views of sexual assault, and the social definitions of sexual assault based on these myths, with views based on fact and the results of empirical studies".

This list of stereotypical conceptions about women and sexual assault is by no means exhaustive. Like most stereotypes, they operate as a way, however flawed, of understanding the world and, like most such constructs, operate at a level of consciousness that makes it difficult to root them out and confront them directly. This mythology finds its way into the decisions of the police regarding their "founded"/"unfounded" categorization, operates in the mind of the Crown when deciding whether or not to prosecute, influences a judge's or juror's perception of guilt or innocence of the accused and the "goodness" or "badness" of the victim, and finally, has carved out a niche in both the evidentiary and substantive law governing the trial of the matter.

Regarding the utilization of these beliefs by police, in their study of police practices Clark and Lewis (*A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada*, 1976 (unpublished)), quoted in M. Stanley, *The Experience of the Rape Victim with the Criminal Justice System Prior to Bill C-127* (1985), at p. 20, found at p. 57 that:

The progress of a rape case through the criminal justice system reflects a highly selective process of elimination. Only a fraction of all rapes are reported; only a fraction of reported rapes are classified as founded; only a frac-

Un corollaire de ce mythe est que le violeur n'est pas «normal» et qu'il est un «malade mental».

Notre Cour a déjà examiné l'application des mythes et des stéréotypes à l'égard des femmes dans le contexte du droit criminel. Dans l'arrêt *R. c. Lavalée*, [1990] 1 R.C.S. 852, notre Cour a examiné l'incidence négative des stéréotypes concernant les femmes battues et a conclu à la p. 890 que «[l]a preuve d'expert peut aider le jury en détruisant ces mythes.» L. Vandervort, «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987), 2 *C.J.W.L.* 233, à la p. 258, note 43, suggère que [TRADUCTION] «[l]e système de justice pénale peut jouer un rôle important en vue de remplacer les mythes de l'agression sexuelle et les définitions sociales fondées sur ces mythes par des opinions fondées sur les faits et les résultats d'études empiriques.»

Cette liste des conceptions stéréotypées sur les femmes et l'agression sexuelle n'est nullement exhaustive. Comme la plupart des stéréotypes, elles sont une façon, si imparfaite soit-elle, de comprendre le monde et, comme la plupart de ces conceptions, opèrent à un niveau de conscience qui les rend difficiles à éliminer et à attaquer directement. Cette mythologie influence la police dans sa décision de classifier une plainte comme «fondée ou non fondée», le ministère public dans sa décision d'intenter ou non des poursuites, la perception que le juge ou le juré a de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et de la «bonté» ou de la «méchanceté» de la victime, et enfin a réussi à se tailler une place dans les règles de preuve et de fond régissant le procès en cette matière.

En ce qui concerne l'utilisation de ces croyances par la police, Clark et Lewis, dans leur étude des pratiques de la police (*A Study of Rape in Canada: Phases 'C' and 'D': Report to the Donner Foundation of Canada*, 1976 (inédit)), cités dans M. Stanley, *Les victimes de viol et la justice pénale avant le projet de loi C-127* (1985), à la p. 19, affirment à la p. 57:

[TRADUCTION] Le cheminement d'une affaire de viol dans le système judiciaire pénal suit un processus d'élimination hautement sélectif. Seule une fraction de tous les viols est déclarée; de ce nombre, seule une fraction est classifiée comme étant fondée; et sur ce nombre, seule une fraction des plaintes fondées conduit à une

tion of founded cases lead to an arrest; and only a fraction of suspects arrested are convicted.

As I discussed earlier, rape myths are commonly the tools used to select out those cases not worthy of further attention. Whether or not the police use these beliefs consciously, in order to “rape-myth-proof” cases prior to trial, in an attempt to ensure a respectable level of convictions, or whether they employ these beliefs unconsciously, it is clear that very few cases that come to the attention of the police are classified as founded. Clark and Lewis, *supra*, suggest that “only the ‘best’ of even the founded cases proceed” (p. 22). And while founded rates may be on the increase, a complaint of sexual assault is still “three times more likely to be considered unfounded than most other offences” (Renner and Sahjpaul, “The New Sexual Assault Law” at pp. 408-9, quoted in T. Dawson, *supra*, at p. 327). A startling summary of the findings of Clark and Lewis, *supra*, regarding the type of case that is most likely to be classified as founded is provided by M. Stanley, *supra*, at pp. 39-40:

In reviewing the factors which influenced the police classification of cases as “founded” and “unfounded”, a general profile emerged of women who, according to Clark and Lewis, “can’t be raped”. [They] . . . concluded that the major factor in the judgment made to proceed with a case or to terminate investigation was based upon the character of the reporting rape victim. If the victim was drunk when she was first interviewed by the police, if she was a runaway teenager who did not live at home and was unemployed, if she was between the ages of thirty and forty years of age and separated, divorced, or living in a common law relationship, or if she was “idle”, unemployed or on welfare, or receiving psychiatric care, generally the police would not pursue the case. Further, if the victim was not hysterical when she reported the crime, or if she waited too long to report the crime, or if she knew the offender, or if she voluntarily accompanied the offender to his residence, or accepted a ride in his car, it was likely that the police would not designate the case as “founded”. Where there was evidence of violence, especially where a weapon was used, or where other crimes were committed contemporaneously with the rape, or where more than one

arrestation; enfin, seul un petit nombre de suspects est condamné.

Comme je l’ai déjà dit, les mythes entourant le viol servent fréquemment à éliminer les dossiers qui ne méritent pas qu’on y donne suite. Que la police utilise ces croyances consciemment ou non pour évaluer, avant le procès, la preuve par rapport aux mythes existants dans une tentative d’obtenir une proportion convenable de déclarations de culpabilité, il est évident que très peu de plaintes déposées auprès de la police sont classées comme fondées. Clark et Lewis, précité, estiment que [TRADUCTION] «l’*on* donne suite seulement aux «meilleurs» dossiers parmi les plaintes jugées fondées» (p. 22). Bien qu’il y ait un accroissement du nombre de plaintes jugées fondées, une plainte d’agression sexuelle est encore [TRADUCTION] «trois fois plus susceptible d’être considérée comme non fondée qu’une autre dans le cas de la plupart des autres infractions» (Renner et Sahjpaul, «The New Sexual Assault Law», aux pp. 408 et 409, cité dans T. Dawson, précité, à la p. 327). M. Stanley, précité, aux pp. 34 et 35, fait un sommaire surprenant des conclusions de Clark et Lewis, précité, en ce qui concerne le type de plainte le plus susceptible d’être considérée comme fondée:

En examinant les facteurs qui influent sur la classification faite par la police des plaintes en deux catégories, «fondées» et «non fondées» on a pu dégager un profil de femmes qui, selon Clark et Lewis, ne «peuvent pas être violées». [Ils] ont conclu que le facteur le plus important pour déterminer qu’une enquête aura lieu ou non à la suite d’une plainte est fondé sur la moralité de la victime. Si elle est ivre lorsqu’elle est interrogée par la police la première fois, ou s’ilagit d’une adolescente en fuite qui ne vivait pas à la maison et était sans emploi, si elle était âgée entre 30 et 40 ans, et si elle était séparée, divorcée, si elle vivait en concubinage ou si elle était «désœuvrée», en chômage ou bénéficiaire de l’aide sociale, ou si elle recevait des soins psychiatriques, la police laissait tomber la plainte. En outre, si la victime n’était pas hystérique quand elle a porté plainte, ou si elle avait attendu trop longtemps pour porter plainte, ou si elle connaissait l’agresseur, si elle l’avait volontairement accompagné à son domicile, ou si elle a accepté de monter dans sa voiture, il est probable que la police ne donnerait pas suite à la plainte. S’il y a des preuves de violence, spécialement si une arme a été utilisée, si d’autres crimes ont été commis outre le viol, ou s’il y

assailant was involved in the commission of the rape, the police were more inclined to pursue the investigation.

Holmstrom and Burgess, *supra*, at pp. 43-44, come to much the same conclusion:

In summary, police have in their minds an image of the ideal rape victim and the ideal rape case. They are most enthusiastic about legally pursuing a "strong" case. Putting their criteria together into an "ideal type" composite, the perfect case would be one in which all the information checks out, there are police witnesses to the crime, the victim can provide a good description of the assailant, there is supporting medical evidence including sperm and injuries, the story remains completely consistent and unchanging, the victim is forced to accompany the assailant, was previously minding her own business, a virgin, sober, stable emotionally, upset by the rape, did not know the offender, and the assailant has a prison record and a long list of current charges against him.

avait plus d'un agresseur, les policiers étaient plus enclins à poursuivre l'enquête.

Holmstrom et Burgess, précité, aux pp. 43 et 44 arrivent à peu près à la même conclusion:

[TRADUCTION] Bref, la police a dans l'esprit une image de la victime idéale et du dossier idéal de viol. Elle est fort enthousiaste lorsqu'il s'agit de donner légalement suite à un dossier «solide». Si l'on met ensemble les critères de la police pour tracer un portrait «type idéal», on peut affirmer qu'un dossier serait parfait si la police possède tous les renseignements suivants: des policiers ont été témoins du crime; la victime peut fournir une bonne description de l'agresseur; il existe des preuves médicales à l'appui, notamment du sperme et des blessures; la version donnée de l'incident demeure constante et inchangée; la victime a été forcée d'accompagner l'agresseur; au moment de l'incident, la victime s'occupait de son affaire, était vierge, sobre, et émotivement stable; elle a été bouleversée par le viol, elle ne connaissait pas le contrevenant; l'agresseur possède un casier judiciaire et il doit déjà répondre à une longue liste d'accusations.

The effect of this filtering process is evident when one examines the end result: conviction rates. Clark and Lewis, in *Rape: The Price of Coercive Sexuality*, *supra*, quoted in C. Backhouse and L. Schoenroth, "A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law" (1983), 6 *Can.-U.S. L.J.* 48, note 278, at p. 81, provide us with an estimate of the actual conviction rate in rape cases. Based upon a reporting rate of 40 percent (which is one of the highest estimates of reporting), a founding rate of 36 percent, an arrest rate of 75 percent and a conviction rate of 51 percent they concluded that only 7 percent of rapists are likely to be convicted. Although their conclusions are based upon Toronto crime statistics for 1970, their data and conclusions bring home the limited utility of statistics which use only reported cases in estimating incidence, arrest and conviction rates. Moreover, their conclusions are supported by more recent data. H. Feild and L. Bienen, *Jurors and Rape* (1980), suggest, at p. 95, that, "based upon recent crime statistics, an individual who commits rape has only about 4 chances in 100 of being arrested, prosecuted, and found guilty of any offense." The conviction rates for

L'effet de ce processus de filtrage devient évident lorsqu'on examine le résultat final: le taux de déclarations de culpabilité. Clark et Lewis, dans *Rape: The Price of Coercive Sexuality*, précité, cité dans C. Backhouse et L. Schoenroth, «A Comparative Survey of Canadian and American Rape Law» (1983), 6 *Can.-U.S. L.J.* 48, note 278, à la p. 81, nous fournissent une estimation du taux réel de déclarations de culpabilité dans les dossiers de viol. En se fondant sur un taux de plaintes de 40 pour 100 (soit l'une des estimations les plus élevées à cet égard), un taux de plaintes fondées de 36 pour 100, un taux d'arrestations de 75 pour 100 et un taux de déclarations de culpabilité de 51 pour 100, les auteurs concluent que seulement 7 pour 100 des violeurs seront vraisemblablement déclarés coupables. Bien que leurs conclusions soient fondées sur les statistiques du crime à Toronto pour l'année 1970, leurs données et leurs conclusions font voir l'utilité restreinte des statistiques qui n'utilisent que les plaintes signalées pour estimer les taux de fréquence, d'arrestations et de déclarations de culpabilité. Par ailleurs, des données plus récentes viennent appuyer leurs conclusions. D'après H. Feild et L. Bienen, *Jurors and Rape* (1980), à la p. 95 [TRADUCTION] «selon les récentes

those who are actually arrested and prosecuted are little better. Williams, *supra*, tells us at p. 19 that:

Sexual assault cases infrequently result in a conviction. Of the arrests that had reached final disposition at the time of this analysis, 22 percent resulted in conviction—on some charge. This rate is not only low, it is much lower than the rate for other crimes, which is between 30 and 35 percent. . . . the conviction rates were low regardless of the age or sex of the victim.

Canadian statistics are no more encouraging. Statistics Canada reports that the conviction rate for all crimes against the person in 1973 was 66.7 percent whereas the comparable rate for rape was 39.3 percent.

The previous discussion about reporting rates, rates of arrest and conviction, and the practices of the police in classifying sexual assaults, informs us as to the approximate number of women who are actually victimized. It also tells us something about the gloss that prejudicial beliefs can place on what actually happens, but it does not tell us much about a related and perhaps much larger effect. Whether or not a particular woman has been sexually assaulted, the high rate of assault works to shape the daily life of all women. The fact is that many, if not most women live in fear of victimization. The fear can become such a constant companion that its effect remains largely unnoticed and, sadly, unremarkable. In their study of this phenomenon, M. Gordon and S. Riger, *The Female Fear* (1989), conclude that, ". . . women restrict their behavior—even isolate themselves—in order to avoid being harmed." The point is made dra-

<sup>a</sup> statistiques sur la criminalité, un individu qui commet un viol a seulement environ quatre chances sur cent d'être arrêté, poursuivi et déclaré coupable d'une infraction quelconque». Le taux de déclarations de culpabilité pour les individus qui sont effectivement arrêtés et poursuivis est un peu plus élevé. Williams, précité, affirme à la p. 19:

[TRADUCTION] Les dossiers d'agression sexuelle donnent rarement lieu à une déclaration de culpabilité. Du nombre d'arrestations ayant atteint l'étape du jugement final lors de notre analyse, il y avait eu déclaration de culpabilité dans 22 pour 100 des cas—pour certaines accusations. Non seulement ce taux est faible, mais il est beaucoup moins élevé que dans le cas des autres crimes où il se situe entre 30 et 35 pour 100 [ . . . ] le taux de déclaration de culpabilité est peu élevé, quel que soit l'âge ou le sexe de la victime.

<sup>b</sup> <sup>c</sup> Les statistiques canadiennes ne sont pas plus encourageantes. Selon Statistique Canada, en 1973, le taux de déclarations de culpabilité pour tous les crimes contre la personne a été de 66,7 pour 100 contre 39,3 pour 100 pour le viol.

<sup>d</sup> <sup>e</sup> <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> <sup>i</sup> <sup>j</sup> L'analyse que je viens de faire des taux de plaintes, d'arrestations et de déclarations de culpabilité ainsi que des pratiques policières en matière de classification des plaintes d'agression sexuelle nous permet d'avoir une estimation du nombre de femmes qui sont réellement victimisées. Cette analyse nous révèle également quelque chose sur l'éclat que les préjugés peuvent jeter sur ce qui se passe réellement; toutefois, elle ne nous renseigne pas beaucoup sur un effet connexe peut-être encore plus important. En effet, qu'une femme ait ou non été victime d'une agression sexuelle, le taux élevé d'agressions influe sur la façon dont toutes les femmes organisent leur vie quotidienne. Le fait demeure que de nombreuses femmes, sinon la plupart, vivent dans la crainte de la victimisation. Cette crainte peut devenir si constante qu'elle passe largement inaperçue et n'est, malheureusement, pas remarquée. Dans leur étude de ce phénomène, M. Gordon et S. Riger, *The Female Fear* (1989), concluent que [TRADUCTION] «. . . les femmes restreignent leurs activités—voit même jusqu'à s'isoler—afin d'éviter d'être blessées.» Ce point est présenté d'une façon saisissante, aux pp. 1 à 3 du *Sondage canadien sur la victimisation en milieu*

matically at pp. 1-2 of the *Canadian Urban Victimization Survey: Female Victims of Crime*, *supra*:

We now know from recent research on fear of crime that first-hand experience with victimization is only one dimension of fear. . . . Particularly relevant in understanding women's fear is an appreciation of the kinds of violence women are most vulnerable to, especially the experience and the impact of domestic and sexual violence. Some women live with the imminent threat of assault from someone in their own households, and many women live with the more general fear of sexual assault, concerns which rarely intrude into the lives of men.

Any form of sexual aggression may feed women's fears by sensitizing them to the possibility of violent attack. Victimization surveys obviously cannot address all the subtle reminders to women of their vulnerability.

While avoidance of high risk situations may well be an important element of victimization prevention, there are obvious limits and costs to a strategy of withdrawal. . . . Even moderate withdrawal in order to prevent violent victimization can diminish an individual's sense of personal autonomy and have a negative impact on the overall quality of life.

In his reasons for judgment in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, Dickson C.J. at pp. 746-47 discusses this phenomenon in the context of minority groups targeted by hate propaganda. His words are instructive:

The derision, hostility and abuse encouraged by hate propaganda therefore have a severely negative impact on the individual's sense of self-worth and acceptance. This impact may cause target group members to take drastic measures in reaction, perhaps avoiding activities which bring them into contact with non-group members or adopting attitudes and postures directed towards blending in with the majority. Such consequences bear heavily in a nation that prides itself on tolerance and the fostering of human dignity . . . .

*urbain: Les femmes victimes d'actes criminels*, précité:

Nous savons maintenant, d'après de récentes recherches sur la peur du crime, qu'une expérience de victimisation de première main ne constitue qu'une dimension de la peur [ . . . ] Il existe un facteur particulièrement pertinent à la compréhension de la peur chez les femmes: les genres de violence auxquels les femmes sont les plus vulnérables, et particulièrement l'expérience et les effets de la violence domestique et de la violence sexuelle. Certaines femmes vivent sous le coup de menaces d'agression de la part d'un membre de leur propre ménage, et de nombreuses femmes vivent avec la crainte plus générale d'une agression sexuelle, crainte qui se manifeste rarement dans la vie des hommes.

Toute forme d'agression sexuelle peut contribuer à alimenter les craintes des femmes, en les sensibilisant à la possibilité d'une attaque violente. Les sondages sur la victimisation ne peuvent de toute évidence pas se pencher sur tous les éléments qui peuvent rappeler subtilement aux femmes leur vulnérabilité.

Même si le fait d'éviter les situations présentant des risques élevés peut se révéler un élément important de la prévention de la victimisation, il y a des contraintes et des coûts évidents rattachés à une telle stratégie [ . . . ] Même une diminution modérée des activités sociales pour prévenir une victimisation violente peut réduire le sens de l'autonomie personnelle et avoir des répercussions négatives sur la qualité de la vie dans son ensemble.

Dans ses motifs de l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, le juge en chef Dickson examine ce phénomène aux pp. 746 et 747, dans le contexte des groupes minoritaires visés par la propagande haineuse. Ses propos sont instructifs:

La dérision, l'hostilité et les injures encouragées par la propagande haineuse ont en conséquence un profond effet négatif sur l'estime de soi et sur le sentiment d'être accepté. Cet effet peut amener les membres du groupe cible à des réactions extrêmes, à éviter peut-être les activités qui les mettent en contact avec des personnes n'appartenant pas à ce groupe ou à adopter des attitudes et des comportements qui leur permettront de se confondre avec la majorité. Ces conséquences sont graves dans une nation dont la fierté est d'être tolérante et de favoriser la dignité humaine . . . .

This brings us much closer towards a recognition of the impact of societal and legal responses to the sexual victimization of women.

Forgetting about the microcosm of the criminal justice system for a moment, one must not lose sight of the fact that the individuals involved in the processing of complaints are a product of our larger society. While it is clear that those who are so involved hold and utilize stereotypical beliefs about women and rape, this should not be taken to mean that, perhaps as a result of their close association with the matter, they are unique in this respect. In a report prepared for the Ontario Women's Directorate in 1988, by Informa Inc., "Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign", the prevalence among Ontario residents of a number of stereotypical and discriminatory beliefs was measured. The results indicate that similar stereotypes are held by a surprising number of individuals, for example: that men who assault are not like normal men, the "mad rapist" myth; that women often provoke or precipitate sexual assault; that women are assaulted by strangers; that women often agree to have sex but later complain of rape; and the related myth that men are often convicted on the false testimony of the complainant; that women are as likely to commit sexual assault as are men and that when women say no they do not necessarily mean no. This baggage belongs to us all. (See also Feild and Bienen, *supra*.)

Absolutely pivotal to an understanding of the nature and purpose of the provisions and constitutional questions at issue in this case is the realization of how widespread the stereotypes and myths about rape are, notwithstanding their inaccuracy.

The appellants argue that we, as a society, have become more enlightened, that prosecutors, police, judges and jurors can be trusted to perform their tasks without recourse to discriminatory views about women manifested through rape myth. Unfortunately, social science evidence suggests otherwise.

Ceci nous amène davantage à reconnaître l'incidence des réactions sociales et juridiques à la victimisation sexuelle des femmes.

*a* Si l'on oublie pour un instant le microcosme du système de justice pénale, on ne doit pas perdre de vue que le traitement des plaintes est effectué par des individus qui sont le produit de l'ensemble de la société. Bien que, de toute évidence, ceux qui sont ainsi impliqués aient des croyances stéréotypées au sujet des femmes et du viol, cela ne devrait pas vouloir dire pour autant qu'ils sont, peut-être de par leur association étroite avec la question, uniques à cet égard. Dans un rapport rédigé par Informa Inc. pour le compte de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario en 1988, «Sexual Assault: Measuring the Impact of the Launch Campaign», les auteurs ont vérifié dans quelle mesure certaines croyances stéréotypées et discriminatoires étaient répandues chez les Ontariens. Selon les résultats, un nombre étonnant de personnes entretiennent les mêmes stéréotypes: les hommes agresseurs ne sont pas des hommes normaux, le mythe du «voleur fou»; les femmes provoquent ou s'attirent souvent l'agression sexuelle; les femmes sont agressées par des étrangers; les femmes acceptent souvent d'avoir des rapports sexuels, mais se plaignent ensuite de viol et enfin, existe le mythe connexe que les hommes sont souvent déclarés coupables à partir du faux témoignage de la plaignante, que les femmes peuvent autant que les hommes commettre une agression sexuelle et que quand une femme dit non, cela ne veut pas nécessairement dire non. Ce sont là des stéréotypes que nous partageons tous. (Voir aussi Feild et Bienen, précité.)

*b* Il est absolument essentiel, pour comprendre la nature et l'objet des dispositions ici contestées et des questions constitutionnelles en jeu, de se rendre compte comment les stéréotypes et les mythes à l'égard du viol sont répandus, malgré leur inexactitude.

*c* Les appellants prétendent que nous sommes devenus, en tant que société, plus éclairés, et que nous pouvons avoir confiance que le ministère public, la police, les juges et les jurés s'acquitteront de leurs tâches sans se laisser influencer par les opinions discriminatoires sur les femmes, qui se manifestent dans

Rape myths still present formidable obstacles for complainants in their dealings with the very system charged with discovering the truth. Their experience in this regard is illustrated by the following remarks of surprisingly recent vintage:

Women who say no do not always mean no. It is not just a question of saying no, it is a question of how she says it, how she shows and makes it clear. If she doesn't want it she has only to keep her legs shut and she would not get it without force and there would be marks of force being used.

(Judge David Wild, Cambridge Crown Court, 1982, quoted in Elizabeth Sheehy, "Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 741, at p. 741.)

Unless you have no worldly experience at all, you'll agree that women occasionally resist at first but later give in to either persuasion or their own instincts.

(Judge Frank Allen, Manitoba Provincial Court, 1984, quoted in Sheehy, *supra*, at p. 741.)

... it is easy for a man intent upon his own desires to mistake the intentions of a woman or girl who may herself be in two minds about what to do. Even if he makes no mistake it is not unknown for a woman afterwards either to take fright or for some other reason to regret what has happened and seek to justify herself retrospectively by accusing the man of rape.

(Howard, *Criminal Law* (3rd ed. 1977), at p. 149.)

Modern psychiatrists have amply studied the behavior of errant young girls and women coming before the courts in all sorts of cases. Their psychic complexes are multifarious, distorted partly by inherent defects, partly by diseased derangements or abnormal instincts, partly by bad social environment, partly by temporary physiological or emotional conditions. One form taken by

les mythes qui entourent le viol. Malheureusement, selon les données sociologiques, tel n'est pas le cas. Les mythes entourant le viol présentent encore des obstacles considérables pour les plaignantes dans leurs rapports avec le système même qui a pour mission de découvrir la vérité. L'expérience des plaignantes est illustrée dans ces remarques provenant d'articles fort récents:

*b* [TRADUCTION] Les femmes qui disent non ne veulent pas toujours dire non. Ce n'est pas seulement le fait pour la femme de dire non qui compte, mais c'est plutôt la façon dont elle le dit, comment elle présente sa réponse. Si elle ne consent pas, elle n'a qu'à se croiser les jambes et il ne pourrait y avoir de rapports sexuels sans emploi de la force; dans ce cas, il y aurait des marques du recours à la force.

(Juge David Wild, Cambridge Crown Court, 1982, cité dans Elizabeth Sheehy, «Canadian Judges and the Law of Rape: Should the *Charter* Insulate Bias?» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 741, à la p. 741.)

[TRADUCTION] Sauf si vous n'avez pratiquement aucune expérience, vous reconnaîtrez avec moi que les femmes résistent occasionnellement au début, mais qu'elles cèdent ensuite à la persuasion ou à leurs propres instincts.

(Juge Frank Allen, Cour provinciale du Manitoba, 1984, cité dans Sheehy, précité, à la p. 741.)

[TRADUCTION] ... c'est facile pour un homme absorbé par ses propres désirs de se méprendre quant aux intentions d'une femme ou d'une fille qui peut aussi se trouver dans deux dispositions d'esprit différentes quant à ce qu'elle doit faire. Même si l'homme ne se méprend pas, il arrive qu'une femme puisse ensuite prendre peur ou, pour toute autre raison, regretter ce qui s'est passé et chercher à se justifier rétroactivement en portant une accusation de viol contre l'homme.

(Howard, *Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 1977), à la p. 149.)

[TRADUCTION] Les psychiatres contemporains ont étudié à fond le comportement des jeunes filles et des jeunes femmes itinérantes qui se présentent devant les tribunaux dans des affaires de toutes sortes. Leurs complexes psychiques sont très variés, déformés en partie par leurs lacunes inhérentes, par leur esprit malade ou des instincts anormaux, par un mauvais environnement social, et par des conditions psychologiques ou émotionnelles passagères. Une manifestation de ces complexes est de

these complexes is that of contriving false charges of sexual offenses by men.

(Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A (1970), at p. 736.)

Regrettably, these remarks demonstrate that many in society hold inappropriate stereotypical beliefs and apply them when the opportunity presents itself.

Feild and Bienen, *supra*, write at p. 139 that, “[t]he results reported in this study confirmed what many writers and researchers studying rape have suggested: extra-evidential factors were found to influence the outcome of the rape trials.” When juries are provided with certain types of information about the complainant, such as evidence regarding past sexual conduct, the weight of the evidence is that they then utilize the myths and stereotypes discussed above and focus on them in “resolving” the particular legal issues raised by the case. Though these researchers found that the effect of sexual history evidence was more complex than originally thought, they do note at pp. 118-19 that:

Along with race of the defendant, sexual experience of the victim proved to have important effects on juror decision making as it was involved in four of the seven significant interactions. Support for the reformers' sentiments concerning the elimination of evidence regarding third-party sexual relations is indicated by the presence of these interactions.

In the present research, the assailant in the nonprecipitatory assault was given a more severe sentence than the offender in the precipitory case indicating that the jurors appeared to attribute blame to the victim when contributory behavior was implied. Several writers (Frederick and Luginbuhl 1976; Jones and Aronson 1973; Landy and Aronson 1969) have documented similar effects. Brooks, Doob, and Kirshenbaum (1975) found that jurors were more likely to convict a defendant accused of raping a woman with a chaste reputation than an identical defendant charged with assaulting a prostitute. Information on the “good” or “bad” character of the victim appears to affect the decisions of the jurors, and the

porter les femmes à accuser faussement des hommes d’infractions sexuelles.

(Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 3A (1970), à la p. 736.)

Malheureusement, ces remarques démontrent que plusieurs dans la société entretiennent des croyances stéréotypées fausses et les appliquent lorsque l’occasion se présente.

Feild et Bienen, précité, mentionnent à la p. 139 que [TRADUCTION] «[l]es résultats mentionnés dans cette étude viennent confirmer ce que de nombreux auteurs et chercheurs ayant étudié la question du viol ont soutenu: des facteurs étrangers à la preuve influent sur l’issue des procès pour viol.» Lorsque l’on fournit aux jurys certains types de renseignements sur la plaignante, notamment des preuves concernant son comportement sexuel antérieur, ils apprécient la preuve en utilisant les mythes et les stéréotypes examinés ci-dessus et se fondent sur eux pour «résoudre» les questions en litige. Bien que ces chercheurs soient d’avis que l’incidence des preuves concernant le comportement sexuel soit beaucoup plus complexe qu’initialement prévu, ils font remarquer aux pp. 118 et 119:

[TRADUCTION] À l’instar de la race du défendeur, l’expérience sexuelle de la victime s'est avérée avoir une incidence importante sur la prise de décision par juré puisque ce facteur a joué un rôle dans quatre des sept interactions importantes. L'existence même de ces interactions vient appuyer l'opinion des réformateurs quant à l'élimination des preuves ayant trait à des rapports sexuels avec des tierces personnes.

Dans notre recherche, l’agresseur dans le cas de l’agression non contributive a reçu une peine plus sévère que dans le cas de l’agression contributive, ce qui indique que les jurés semblent blâmer la victime lorsqu’on allègue que son comportement a contribué à l’agression. Plusieurs auteurs (Frederick et Luginbuhl 1976; Jones et Aronson 1973; Landy et Aronson 1969) ont fait état d’effets similaires. Brooks, Doob et Kirshenbaum (1975) ont dit qu’il y avait plus de chances que les jurés déclarent coupable un défendeur accusé du viol d’une femme de bonnes mœurs que dans le cas où il serait accusé d’avoir agressé une prostituée. Les renseignements sur la «bonne» ou «mauvaise» réputation de la

definitions of good or bad are likely to be broadly defined. [Emphasis added.]

Similarly, Borgida and White, "Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform" (1978), 2 *Law and Hum. Behav.* 339, report at p. 349 that:

... when specific evidence of the victim's prior sexual history is admitted in a consent defense rape case ... jurors infer victim consent, carefully and unfavorably scrutinize the victim's credibility and moral character, and tend to attribute more responsibility to the victim. . . . Although defendant credibility is a consideration, perceptions of the defendant's general moral character are much less of a consideration than the victim's general moral character.

Jurors are reluctant to convict the defendant when any testimony about prior sexual history is introduced in support of the consent defense.

The admission of this evidence seems to enhance the likelihood that jurors make person attributions and attribute more personal responsibility to the victim for the rape. Jurors also are more likely to infer victim consent from testimony about prior sexual history. [Emphasis added.]

G. La Free, who has done extensive research on this issue, suggests that the research is consistent with respect to the conclusion that when the victim allegedly engaged in "misconduct", acquittals were more likely ("Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing" (1980), 58 *Soc. Forces* 833). In this particular study, La Free examined all of the forcible rape cases in an American midwestern city. He defined misconduct for the purpose of his study as either sexual, i.e., the victim had illegitimate children or was sleeping with her boyfriend, or non-sexual, i.e., the victim was a runaway or drug dealer. As La Free notes, when one realizes that sexual assault cases are extensively screened prior to trial according to their conformity with mythology, it is surprising

victime semblent influencer la décision des jurés; à cet égard, on définira probablement d'une façon large la «bonne» ou «mauvaise» réputation. [Je souligne.]

De même, Borgida et White, «Social Perception of Rape Victims: The Impact of Legal Reform» (1978), 2 *Law and Hum. Behav.* 339 affirment à la p. 349:

[TRADUCTION] . . . si des preuves spécifiques concernant le comportement sexuel de la victime sont admises dans une affaire de viol dans laquelle la défense allègue le consentement [ . . . ] les jurés infèrent le consentement de la victime, examinent soigneusement et défavorablement sa crédibilité et sa moralité et ont tendance à lui attribuer une plus grande responsabilité [ . . . ] Bien que la crédibilité du défendeur entre en ligne de compte, sa moralité générale est beaucoup moins prise en considération que celle de la victime.

d Les jurés hésitent à déclarer le défendeur coupable dans le cas où celui-ci, à l'appui de sa défense fondée sur le consentement, présente un témoignage sur le comportement sexuel de la victime.

e L'admission de cette preuve semble accroître la probabilité que les jurés déparentagent la responsabilité personnelle et attribuent une plus grande responsabilité à la victime du viol. Les jurés ont également plus tendance à conclure à l'existence du consentement de la victime lorsque des témoignages sur le comportement sexuel sont présentés. [Je souligne.]

G. La Free, qui a effectué des recherches poussées sur la question, estime que les recherches sont compatibles avec la conclusion qu'il y aura vraisemblablement plus d'acquittements s'il y a allégation «d'inconduite» de la part de la victime («Variables Affecting Guilty Pleas and Convictions in Rape Cases: Toward a Social Theory of Rape Processing» (1980), 58 *Soc. Forces* 833). Dans l'étude en question, La Free a examiné tous les dossiers de viol avec emploi de force, dans une ville du Midwest américain. Pour les fins de son étude, l'inconduite peut être de nature sexuelle, la victime a des enfants illégitimes ou couche avec son petit ami, ou de nature non sexuelle, la victime est une fugueuse ou a fait le trafic de drogues. Comme l'indique La Free, si l'on tient compte du fait que les affaires d'agression sexuelle donnent lieu à un filtrage minutieux avant le procès, c'est-à-dire qu'on les examine par rapport aux mythes existants, il est étonnant de constater qu'il

that there is much of any "deviant" behaviour left to trigger the application of stereotype and myth at trial.

In a later study conducted by La Free (G. La Free, B. Reskin and C.A. Visher, "Jurors' Responses to Victims' Behavior and Legal Issues in Sexual Assault Trials" (1985), 32 *Soc. Prob.* 389), post-trial interviews were conducted with jurors who had served in forcible sexual assault cases. At page 392 the authors state that, "[o]ur trial observations suggest that a major avenue for challenging the complainant's victimization in consent and no-sex cases is to encourage jurors to scrutinize her 'character'." They also suggest at p. 400 that "a victim's nontraditional behavior may act as a catalyst, causing jurors' attitudes about how women should behave to affect their judgments under certain conditions." Also relevant for our purposes are their findings at p. 397 that, where the issue at trial is whether the act occurred or whether there was consent:

Of particular interest are the findings regarding evidence. Although any evidence that a woman was forced to submit to a sexual act against her will (including use of a weapon or victim injury) might be expected to persuade jurors of the defendant's guilt, neither variable significantly affected jurors' judgments. . . .

In contrast, jurors were influenced by a victim's "character." They were less likely to believe in a defendant's guilt when the victim had reportedly engaged in sex outside marriage, drank or used drugs, or had been acquainted with the defendant—however briefly—prior to the alleged assault. [Emphasis added.]

Although Canadian data are harder to come by, those studies that have been done support the American data. Indeed, it would be somewhat surprising to find that this was not the case. In one Canadian study (K. Catton, "Evidence Regarding the Prior Sexual

reste encore un comportement «anormal» susceptible de déclencher l'application des stéréotypes et des mythes au cours du procès.

Dans une étude ultérieure réalisée par La Free (G. La Free, B. Reskin et C.A. Visher, «*Jurors' Responses to Victims' Behavior and Legal Issues in Sexual Assault Trials*» (1985), 32 *Soc. Prob.* 389), les auteurs ont procédé, après le procès, à des entrevues auprès des jurés dans des affaires d'agression sexuelle avec emploi de force. À la page 392, ils affirment que [TRADUCTION] «[s]elon nos observations au cours du procès, une façon importante de contester la victimisation de la plaignante dans les affaires où il y a allégation de consentement et dans les affaires à caractère non sexuel consiste à inciter les jurés à examiner attentivement la «moralité» de la plaignante.» Ils soutiennent aussi à la p. 400 que [TRADUCTION] «le comportement non traditionnel de la victime peut servir de catalyseur, en ce que l'attitude des jurés à l'égard de ce que devrait être le comportement des femmes peut influer sur le jugement qu'ils porteront dans certaines conditions.» Pour nos fins, sont également pertinentes les conclusions des auteurs, à la p. 397, concernant les cas où la question en litige consiste à déterminer si l'acte a eu lieu ou s'il y a eu consentement:

[TRADUCTION] Les conclusions relatives à la preuve sont particulièrement intéressantes. On pourrait croire qu'une preuve établissant qu'une femme a été forcée d'avoir des rapports sexuels contre son gré (y compris les cas où il y a eu utilisation d'une arme ou blessures) puisse persuader les jurés de la culpabilité du défendeur, mais ces variables n'ont pas influé sensiblement sur leur jugement . . .

Par contre, les jurés ont été influencés par la «moralité» de la victime. En effet, ils sont moins susceptibles de croire à la culpabilité du défendeur dans les cas où la victime a eu des relations sexuelles extraconjugales, consommé des boissons alcoolisées ou utilisé des drogues ou si elle avait déjà rencontré le défendeur — même brièvement — avant la prétendue agression. [Je souligne.]

Bien qu'il soit plus difficile d'obtenir des données canadiennes sur le sujet, les études existantes viennent confirmer les données américaines. En fait, le contraire serait quelque peu étonnant. Dans une étude canadienne (K. Catton, «*Evidence Regarding the*

History of an Alleged Rape Victim—Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused" (1975), 33 *U.T. Fac. L. Rev.* 165), subjects were asked to read a description of a hypothetical rape case. Varied among the descriptions were the nature of the controls placed upon evidence of the complainant's sexual history. At page 173 Catton discusses the results in this fashion:

... when jurors heard information regarding an alleged rape victim's prior sexual history with named persons, whether this information was confirmed or denied, this information decreased their perceived guilt of the accused in comparison with the situation where no information relating to the victim's supposed past sex life was heard. This decrease in the perceived guilt of the accused varied directly with the "amount" of negative information presented about the victim.

Although the "No information" control condition was not as successful as planned . . . still the accused was seen as most guilty in this condition where no information at all about the victim's prior sexual history was given. Any information at all implying that the victim had a prior sex history had the effect of reducing the perceived guilt of the accused regardless of whether this information was verified. [Emphasis added.]

Importantly, she finds that even if the prior sexual history of the complainant is denied or fails to be confirmed, the perceived guilt of the accused decreases.

It is thus clear that, from the making of the initial complaint down to the determination of the issue at trial, stereotype and mythology are at work, lowering the number of reported cases, influencing police decisions to pursue the case, thereby decreasing the rates of arrest, and finally, distorting the issues at trial and necessarily, the results. Professor Catharine MacKinnon asserts that in the United States:

It is not only that women are the principal targets of rape, which by conservative definition happens to almost half of all women at least once in their lives. It is not only that over one-third of all women are sexually molested by older trusted male family members or

Prior Sexual History of an Alleged Rape Victim—Its Effect on the Perceived Guilt of the Accused» (1975), 33 *U.T. Fac. L. Rev.* 165), on a demandé aux participants de lire une description d'un cas de viol hypothétique. La nature des restrictions quant à la preuve sur le comportement sexuel de la plaignante variait d'une description à l'autre. À la p. 173, Catton analyse les résultats de l'étude:

*[TRADUCTION]* . . . dans les cas où l'on a communiqué aux jurés des renseignements sur le comportement sexuel antérieur de la prétendue victime de viol avec des personnes nommées, que ces renseignements aient été confirmés ou niés, ils affaiblissaient la perception que les jurés se faisaient de la culpabilité de l'accusé par rapport aux cas où ils n'étaient pas mis au courant de la supposée vie sexuelle antérieure de la victime. Ce changement de perception était directement relié à la «quantité» de renseignements négatifs présentés au sujet de la victime.

Bien que l'on n'ait pas réussi aussi bien que prévu dans les cas où il y avait absence de renseignements [...] l'accusé était quand même considéré plus fréquemment coupable dans les cas où les jurés ne possédaient aucun renseignement sur le comportement sexuel antérieur de la victime. Tout renseignement laissant sous-entendre un comportement sexuel antérieur de la victime avait pour effet d'affaiblir la perception que les jurés avaient de la culpabilité de l'accusé, que ces renseignements aient été confirmés ou non. [Je souligne.]

Fait important, Catton conclut que même dans le cas où le comportement sexuel antérieur de la plaignante est nié ou non confirmé, la perception que le jury se fait de la culpabilité de l'accusé est affaiblie.

Il est donc évident que, depuis le dépôt de la plainte initiale jusqu'au jugement rendu au procès, les stéréotypes et les mythes ont une grande influence en ce qu'ils contribuent à réduire le nombre de plaintes, à influencer la police dans ses décisions de donner suite à une plainte, diminuant ainsi le taux d'arrestation, et enfin à dénaturer les questions en litige et, forcément, les résultats. Le professeur Catharine MacKinnon affirme qu'aux États-Unis:

*[TRADUCTION]* Ce n'est pas seulement le fait que les femmes sont les principales cibles du viol, dont presque la moitié, selon des estimations prudentes, sont victimes au moins une fois dans leur vie. Ce n'est pas seulement le fait que plus du tiers des femmes sont sexuellement

friends or authority figures as an early, perhaps initiatory, interpersonal sexual encounter. . . All this documents the extent and terrain of abuse and the effectively unrestrained and systematic sexual aggression by less than one-half of the population against the other more than half. It suggests that it is basically allowed.

(C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), at pp. 142-43.)

### The Larger Legal Context

My discussion to this point has primarily been concerned with the incidence of sexual assault in our society and the role of stereotype in dealing with it. What clearly emerges from this previous discussion is that myths surrounding women and sexual assault affect perceptions of the culpability of the aggressor and the moral "character" and, hence, the credibility of the complainant and, thus, shape the ultimate legal result. While all of this is relevant in a discussion of the larger context of the legislation at issue, my focus here will be on the utilization of these discriminatory beliefs in the development of legal principles applicable in trials of sexual offences and on government attempts to combat it.

The common law has always viewed victims of sexual assault with suspicion and distrust. As a result, unique evidentiary rules were developed. The complainant in a sexual assault trial was treated unlike any other. In the case of sexual offences, the common law "enshrined" prevailing mythology and stereotype by formulating rules that made it extremely difficult for the complainant to establish her credibility and fend off inquiry and speculation regarding her "morality" or "character". The matter is put succinctly by H. Galvin, "Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade" (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763, at pp. 792-93:

a molestées par des membres plus âgés de sexe masculin de leur famille en qui elles ont confiance, des amis ou des personnes en situation d'autorité lors d'une rencontre sexuelle interpersonnelle, servant peut-être d'initiation [ . . . ] Tout cela vient documenter l'étendue et l'importance de l'abus sexuel ainsi que l'agression sexuelle réellement illimitée et systématique par moins de la moitié de la population contre plus de la moitié de l'autre. Ce qui laisse sous-entendre que c'est fondamentalement permis.

(C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), aux pp. 142 et 143.)

### L'ensemble du contexte juridique

Jusqu'à maintenant, j'ai principalement examiné la fréquence des agressions sexuelles dans notre société ainsi que le rôle des stéréotypes à l'égard de cette question. Il ressort clairement de cet examen que les mythes entourant les femmes et l'agression sexuelle ont une incidence sur la perception que l'on se fait de la culpabilité de l'agresseur ainsi que de la moralité et, partant, de la crédibilité de la plaignante, ce qui influe sur le jugement final. Bien que tous ces faits soient pertinents dans l'examen de l'ensemble du contexte des dispositions législatives contestées, je me limiterai ici à examiner l'utilisation de ces croyances discriminatoires dans l'élaboration des principes juridiques applicables aux procès pour infractions d'ordre sexuel ainsi que les efforts déployés par le gouvernement pour lutter contre ces croyances.

La common law s'est toujours montrée soupçonneuse et méfiante à l'égard des victimes d'agression sexuelle, ce qui a entraîné l'élaboration des règles de preuve particulières. Dans un procès pour agression sexuelle, la plaignante était traitée différemment des autres plaignants. En effet, dans le cas d'agressions sexuelles, la common law «consacrait» les mythes et les stéréotypes en formulant des règles qui rendaient extrêmement difficile pour la plaignante d'établir sa crédibilité et donc de repousser toute question et spéculation quant à sa «moralité» ou à sa «réputation». Ce point est présenté succinctement par H. Galvin, «Shielding Rape Victims in the State and Federal Courts: A Proposal for the Second Decade» (1986), 70 *Minn. L. Rev.* 763, aux pp. 792 et 793:

Traditional ideology also maintained that unchaste women became either vindictive or susceptible to rape fantasies and inclined falsely to charge men with rape. This belief was based on the notion that extramarital sexual activity was abnormal for women. . . . Distrust and contempt for the unchaste female accuser was formalized into a set of legal rules unique to rape cases. The most prominent rule allowed the use at trial of evidence of the complainant's unchaste conduct. These rules combined to shift the usual focus of a criminal trial from an inquiry into the conduct of the offender to that of the moral worth of the complainant. [Emphasis added.]

At common law, the prior sexual history of the complainant was admissible on two issues, one material and one collateral. It was thought that "unchasteness" was relevant to the material issue of consent and the collateral issue of credibility. In other words, women who had consensual sex outside of marriage were thought, in essence, to have a dual propensity: to consent to sexual relations at large and to lie. The *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence* (1982) summarized what was admissible at common law at pp. 66-67 in this fashion:

Evidence of the complainant's sexual history, considered at common law to be relevant to consent, consisted of (1) other acts of sexual intercourse with the accused, (2) the opinion of a witness that the complainant is a prostitute, and specific incidents of the complainant's prostitution, (3) the complainant's general reputation as a common prostitute, (4) the complainant's general reputation for unchastity or "notoriously bad character for chastity", and (5) evidence that the complainant "is in the habit of submitting her body to different men, without discrimination, whether for pay or not". The relevance of this evidence to consent was based on the moral judgement that such a woman would be more likely to have consented to the act with which the accused had been charged.

The complainant's lack of consent was an essential element of an offence of rape or indecent assault. Thus

[TRADUCTION] L'idéologie traditionnelle soutenait aussi que les femmes de mœurs faciles devenaient rançunières ou susceptibles d'avoir des fantasmes sur le viol et qu'elles avaient tendance à porter de fausses accusations de viol contre des hommes. Cette croyance était fondée sur la notion qu'il était anormal pour les femmes d'avoir des relations sexuelles extraconjugaies [...] Le manque de confiance et le mépris à l'égard de l'accusatrice de mœurs faciles ont été concrétisés par l'adoption de toute une série de règles juridiques propres aux affaires de viol. La règle la plus frappante autorisait l'utilisation au cours du procès de preuves de la conduite non chaste de la plaignante. Ces règles ont fait que l'objet principal du procès criminel est passé de l'examen de la conduite du contrevenant à celui de la moralité de la plaignante. [Je souligne.]

En common law, la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante était admissible relativement à deux questions, l'une substantielle et l'autre incidente. On croyait que la question des «mœurs faciles» était pertinente en ce qui concerne la question substantielle du consentement et la question incidente de la crédibilité. En d'autres termes, on considérait que les femmes qui avaient consenti à des rapports sexuels extraconjuguaux avaient une double propension: premièrement, à consentir généralement aux rapports sexuels et deuxièmement, à mentir. Le *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* (1983) résume ce qui était admissible en common law aux pp. 76 et 77:

Les éléments de preuve sur le comportement sexuel de la victime, que la *common law* jugeait pertinents au consentement, comprenaient (1) les autres rapports sexuels qu'elle a eus avec l'accusé, (2) l'opinion d'un témoin selon laquelle elle était une prostituée et les cas précis où elle s'est livrée à la prostitution, (3) sa réputation générale de professionnel de la prostitution, (4) la notoriété de ses mœurs faciles ou [TRADUCTION] «la notoriété de son caractère peu enclin à la chasteté», et (5) des éléments de preuve qui établissent qu'elle [TRADUCTION] «a l'habitude de livrer son corps à quiconque, sans distinction, pour de l'argent ou non.» La pertinence d'une telle preuve par rapport au consentement se fonderait sur le jugement moral selon lequel il serait plus probable que ce genre de femme ait consenti à l'acte que l'on reproche à l'accusé.

L'absence de consentement de la victime était considérée comme un élément essentiel de l'infraction de viol

the accused, at common law, could cross-examine the complainant concerning matters deemed relevant to consent, and the complainant was required to answer. Because consent was a material issue, the trial judge had no discretion to excuse the complainant from answering such questions on the ground that they were degrading. If the complainant denied the questions, the accused person could contradict her answers, or if the complainant refused to answer, the accused could prove the matters alleged.

At common law, a witness could be cross-examined as to any matter of conduct, including sexual conduct, which was relevant to impeach the witness's credibility. At common law, it was assumed that an unchaste woman was more likely to be an untruthful witness. Thus, in a prosecution for rape or indecent assault, a complainant could be cross-examined as to her sexual history to impeach her credibility. There were two limitations on the accused's right, on the issue of credibility, to confront a complainant with her sexual history. First, the trial judge had some discretion to excuse the complainant from answering degrading questions. Second, if the complainant denied the question or refused to answer, whether with the judge's approval or not, since the matter was relevant only to the collateral issue of the complainant's credibility, the accused could not call evidence on it.

Under the guise of a principled application of the legal concept of relevance, the common law allowed the accused to delve at great length into the moral character of the complainant by adducing "relevant" sexual history. The prejudicial impact of such an inquiry has already been discussed at length. The true nature and purpose of the inquiry into sexual history is revealed by the resulting prejudice and by the fact that these concepts were only applicable in respect of sexual offences and, in addition, were not deemed relevant to the credibility of the male accused.

Application of the relevance concept was not the only way in which the common law integrated stereotype and myth into trials of sexual offences. Also part of the unique body of evidentiary law surrounding sexual offences were, among other things, the doctrine of recent complaint and corroboration rules. These evidentiary concepts were also based upon ste-

ou d'attentat à la pudeur. Ainsi, la *common law* permettait à l'accusé de contre-interroger la victime en lui posant des questions jugées pertinentes au consentement et contrainait celle-ci à y répondre. Comme il importait de trancher la question du consentement, le juge de première instance n'avait pas le pouvoir de permettre à la victime de refuser de répondre à ces questions pour le motif que celles-ci étaient dégradantes. Si elle niait, l'accusé pouvait la démentir. Si elle refusait de répondre, l'accusé pouvait faire la preuve des faits alléguées.

Il était possible, en vertu de la *common law*, de contre-interroger un témoin sur tout comportement, y compris le comportement sexuel, qui ferait douter de sa crédibilité. La *common law* présumait qu'une femme de mœurs faciles ne pouvait probablement pas être un témoin digne de foi. Conséquemment, l'accusé pouvait, lors d'un procès pour viol ou pour attentat à la pudeur, contre-interroger la victime sur son comportement sexuel afin de mettre sa crédibilité en doute. Ce droit reconnu à l'accusé comportait deux restrictions. D'abord, le juge de première instance pouvait, dans une certaine mesure, permettre à la victime de refuser de répondre à des questions dégradantes. Deuxièmement, si la victime niait ou refusait de répondre, avec ou sans l'approbation du juge, l'accusé ne pouvait pas citer des témoins pour prouver son allégation puisqu'elle portait sur une question incidente, à savoir la crédibilité de la victime.

Sous le couvert d'une application conforme aux principes du concept juridique de la pertinence, la *common law* permettait à l'accusé d'examiner à fond la moralité de la plaignante par la présentation en preuve d'un comportement sexuel «pertinent». Nous avons déjà analysé en détail l'incidence préjudiciable de cet examen. La nature et l'objet véritables de cet examen du comportement sexuel sont révélés par l'effet préjudiciable qui s'ensuit et du fait que ces concepts n'étaient applicables qu'à l'égard des infractions d'ordre sexuel et, de plus, n'étaient pas jugés pertinents relativement à la crédibilité de l'accusé de sexe masculin.

L'application du concept de pertinence n'a pas été la seule façon pour la *common law* d'incorporer les stéréotypes et les mythes dans les procès pour infractions d'ordre sexuel. La doctrine de la plainte immédiate et les règles en matière de corroboration faisaient également partie, entre autres, de cet ensemble unique de règles de preuve. Ces concepts de preuve

reotypes of the female complainant requiring independent evidence to support her evidence and, in addition, evidence that she raised a "hue and cry" after her assault. It is noteworthy that both recent complaint and corroboration rules formed exceptions to general rules of evidence.

reposaient aussi sur les stéréotypes que la preuve présentée par la plaignante devait être assortie d'une preuve indépendante et, en outre, d'une preuve qu'elle avait soulevé la «clameur publique» après l'agression. Il importe de signaler que les règles de la plainte immédiate et celles de la corroboration constituaient des exceptions aux règles de preuve générales.

Evidence of a recent complaint in sexual assault cases is an exception to the general rule that self-serving statements are inadmissible. Such evidence is described in *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 281, as superfluous, "for the assertions of a witness are to be regarded in general as true, until there is some particular reason for impeaching them as false." However, in the case of sexual offences, either the absence of a recent complaint or its inadmissibility required the trier of fact to draw an adverse inference regarding the complainant's credibility. If evidence of a recent complaint existed, the complainant had to surmount onerous requirements restricting its admissibility. If admissible, such evidence was tendered to show that the complainant's testimony was consistent but was not admitted to show the truth of its contents. The importance of the rule at common law lay not in its ability to enhance the credibility of the complainant, but rather in its ability to counter the presumption that the complainant was lying. (See *Timm v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 315, wherein the principles regarding this doctrine are fully discussed.) Thus, to a large degree, the myth that complainants in sexual assault cases fabricate their allegations informed the doctrine of recent complaint.

La preuve d'une plainte immédiate dans les affaires d'agression sexuelle constitue une exception à la règle générale que les déclarations intéressées ne sont pas admissibles en preuve. Cette preuve est décrite comme superflue dans *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 281 [TRADUCTION] «puisque les déclarations d'un témoin doivent en règle générale être considérées comme véridiques tant que l'on n'a pas un motif particulier de les écarter parce que fausses.» Toutefois, dans le cas des infractions d'ordre sexuel, l'absence de plainte immédiate ou son inadmissibilité, exigeait que le juge des faits en tire une inférence négative quant à la crédibilité de la plaignante. S'il existait une preuve de plainte immédiate, la plaignante devait surmonter des exigences strictes relativement à l'admissibilité de cette preuve. Dans le cas où cette preuve était jugée admissible, elle servait à démontrer que le témoignage de la plaignante était cohérent, mais elle n'était pas admise pour en établir la véracité. L'importance de cette règle de common law ne tient pas au fait qu'elle permet d'accroître la crédibilité de la plaignante, mais plutôt au fait qu'elle permet de réfuter la présomption que la plaignante ment. (Voir l'arrêt *Timm c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 315, dans lequel on examine en profondeur les principes régissant cette doctrine.) Par conséquent, dans une large mesure, le mythe que, dans une affaire d'agression sexuelle, la plaignante fabrique ses allégations venait renforcer la doctrine de la plainte immédiate.

The corroboration rules were also exceptions to traditional evidence principles. Generally, "the court may act upon the uncorroborated testimony of one witness, and such requirements as there are concerning a plurality of witnesses, or some other confirmation of individual testimony are exceptional" (*Cross, supra*, at p. 224). Certain classes of witnesses were thought to be unreliable such as children of tender

Les règles de corroboration constituaient aussi des exceptions aux principes traditionnels en matière de preuve. En règle générale, [TRADUCTION] «le tribunal peut agir sur la foi d'un témoignage non corroboré; les exigences comme celles qui existent à l'égard d'une pluralité de témoins ou la nécessité d'une certaine confirmation d'un témoignage individuel sont exceptionnelles» (*Cross*, précité, à la p. 224). Cer-

years, accomplices and, interestingly, victims of sexual offences, almost always women. The requirement for corroboration may take one of two forms. In some offences corroboration was required for conviction, whereas for others, the jury had to be warned that convicting absent corroboration was dangerous. The rationale for corroboration also finds its genesis in the traditional distrust of a complainant's veracity in sexual offences. J. Hoskins, "The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases" (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 173, comes to the same conclusion and states at pp. 177-78 that "[w]hile the rule requiring corroboration or at least a prescribed warning of the danger of convicting without corroborating evidence is a relatively recent development, the law has long held a deep suspicion of female complainants in sexual offence cases." The Law Reform Commission of Canada has similarly questioned the "likely false assumptions upon which our present rules of corroboration rest" (*Corroboration: A Study Paper Prepared by the Law of Evidence Project* (1975), at p. 7).

The preoccupation of the law with the credibility of the complainant in such cases and the blatant stereotyping of such complainants as untrustworthy are difficult to comprehend. As we have seen, sexual assault is the most under-reported of all violent crimes. Even after a report, the police and prosecutors filter out a significant number of the complaints based upon their congruence with rape myth and stereotype. Logically it would seem that the likelihood of false complaints is, in this context, much reduced compared to that for most crime. Indeed, there is no evidence to support the contrary.

Thus, the common law stance in respect of the admission of the past sexual history of the complainant has a larger legal context. A number of other rules

taines catégories de témoins étaient considérées comme peu fiables, notamment les enfants en bas âge, les complices et, fait intéressant, les victimes d'infractions d'ordre sexuel, presque toujours des femmes. La corroboration peut prendre l'une de deux formes. Dans le cas de certaines infractions, la corroboration était nécessaire pour qu'une personne soit déclarée coupable alors que dans d'autres, le jury devait être averti du risque de déclarer une personne coupable en l'absence de toute corroboration. La justification de la corroboration trouve aussi son origine dans le fait que l'on doutait de la véracité de la version donnée par la plaignante dans le cas d'infractions d'ordre sexuel. J. Hoskins, «The Rise and Fall of the Corroboration Rule in Sexual Offence Cases» (1983), 4 *Can. J. Fam. L.* 173, arrive à la même conclusion et affirme, aux p. 177 et 178, que [TRADUCTION] «[b]ien que la règle exigeant la corroboration ou tout au moins un avertissement du risque de déclarer coupable une personne en l'absence de toute corroboration soit relativement récente, depuis longtemps en droit on fait preuve de beaucoup de méfiance à l'endroit des plaignantes dans les affaires d'infractions d'ordre sexuel.» La Commission de réforme du droit du Canada s'interroge également sur «la perfidie des prémisses sur lesquelles reposent à l'heure actuelle nos règles de corroboration» (*Corroboration: Document préliminaire de la Section de recherche sur le droit de la preuve* (1975), à la p. 7).

Il est difficile de comprendre la préoccupation du droit à l'égard de la crédibilité de la plaignante dans ces cas ainsi que les stéréotypes flagrants selon lesquels ces plaignantes ne sont pas dignes de foi. Comme nous l'avons vu, l'agression sexuelle est, parmi tous les crimes violents, l'infraction qui donne lieu au moins grand nombre de plaintes. Même après le dépôt d'une plainte, la police et la poursuite éliminent un nombre important de plaintes selon qu'elles correspondent ou non au mythe et au stéréotype entourant le viol. Logiquement, il semblerait y avoir, dans ce contexte, peu de risques de plaintes non fondées comparativement à la plupart des crimes. En fait, il n'existe pas de preuve du contraire.

La position de la common law à l'égard de l'admission d'une preuve sur le comportement sexuel antérieur de la plaignante s'inscrit donc dans un con-

were formulated that gave legal voice to stereotypes both about female complainants and about the nature of sexual assault. Legislative intervention must be viewed within this larger context.

Parliament intervened on two notable occasions, both relevant to the inquiry here. In 1976, Parliament repealed the existing s. 142 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and enacted a provision designed to alleviate some of the problems caused by the virtually unrestricted inquiry into a complainant's previous sexual history allowed at common law (*Criminal Law Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 93, s. 8). The provision read:

**142.** (1) Where an accused is charged with an offence under section 144 or 145 or subsection 146(1) or 149(1), no question shall be asked by or on behalf of the accused as to the sexual conduct of the complainant with a person other than the accused unless

(a) reasonable notice in writing has been given to the prosecutor by or on behalf of the accused of his intention to ask such question together with particulars of the evidence sought to be adduced by such question and a copy of such notice has been filed with the clerk of the court; and

(b) the judge, magistrate or justice, after holding a hearing *in camera* in the absence of the jury, if any, is satisfied that the weight of the evidence is such that to exclude it would prevent the making of a just determination of an issue of fact in the proceedings, including the credibility of the complainant.

(2) The notice given under paragraph (1)(a) and the evidence taken, the information given or the representations made at a hearing referred to in paragraph (1)(b) shall not be published in any newspaper or broadcast.

(3) Every one who, without lawful excuse the proof of which lies upon him, contravenes subsection (2) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(4) In this section, "newspaper" has the same meaning as it has in section 261.

(5) In this section and in section 442, "complainant" means the person against whom it is alleged that the offence was committed.

texte juridique plus large. Un certain nombre d'autres règles furent élaborées qui accordaient une reconnaissance juridique à des stéréotypes entourant à la fois les plaignantes et la nature des agressions sexuelles.

a On doit situer l'intervention du législateur dans ce vaste contexte.

Le législateur fédéral est intervenu à deux reprises de façon notable, toutes deux pertinentes ici. En 1976, le Parlement abrogeait l'art. 142 alors en vigueur du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 et adoptait une disposition destinée à atténuer certains des problèmes causés par l'examen pratiquement illimité du comportement sexuel antérieur de la plaignante, autorisé par la common law (*Loi de 1975 modifiant le droit criminel*, S.C. 1974-75-76, ch. 93, art. 8). Ce nouvel article se lisait:

**142.** (1) Toute personne inculpée d'une infraction aux articles 144 ou 145 ou aux paragraphes 146(1) ou 149(1) ou son représentant ne doivent poser de questions sur le comportement sexuel de la plaignante avec une autre personne

a que si le prévenu ou son représentant ont donné par écrit, à la partie demanderesse, un avis raisonnable de leur intention de poser ces questions, dont copie a été déposée auprès du greffier de la cour accompagné d'un exposé de leur valeur probante; et

b que si le juge, le magistrat ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos, en l'absence du jury, sont convaincus de la valeur de la preuve au point que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante.

(2) Il est interdit de diffuser dans un journal ou à la radio l'avis donné conformément à l'alinéa (1)a), la preuve avancée, les renseignements donnés ou les observations faites lors d'une audition mentionnée à l'alinéa (1)b).

(3) Quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, ne se conforme pas au paragraphe (2) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(4) Au présent article, «journal» a le même sens qu'à l'article 261.

(5) Au présent article et à l'article 442, «plaignante» désigne la victime de la présumée infraction.

Though the motives of Parliament were commendable, judicial interpretation of the section thwarted any benefit that may have accrued to the complainant. In fact, the provision, as judicially interpreted, provided less protection to the complainant than that offered at common law, surely a surprising result considering the obvious mischief Parliament intended to cure in enacting it.

More specifically, in *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268, this Court held at p. 279 that, in order that the trial judge be able to determine whether questioning during the trial proper was necessary, the complainant was compellable at the *in camera* hearing:

First, the *in camera* hearing is for the purpose, *inter alia*, of enabling the judge or magistrate to satisfy himself as to the weight of the evidence, and I am unable to appreciate how weight can be determined without an assessment of witnesses called to give evidence, an assessment which would take into account their demeanor, their knowledge of the events about which they are examined, the consistency of their testimony and so on. Second, s. 142(2) appears to me to be conclusive that evidence may (not must) be taken in the *in camera* hearing. . . . In my opinion, the judge or magistrate conducting the *in camera* hearing may decide, after hearing submissions or representations of counsel, that he does not need to hear any evidence. . . .

If evidence is taken at the *in camera* hearing, the witnesses proposed to be called must be regarded as compellable, and the complainant, whose credibility is an issue of fact specified in s. 142(1)(b), must be equally compellable, becoming, however, the accused's witness if called at the *in camera* proceedings.

Not only was the complainant held to be compellable at the instance of the accused at the *in camera* hearing, but, contrary to the position at common law, this Court held that, due to the wording of s. 142(1)(b), credibility was elevated to the status of a material issue. Thus, as regards questions about a complainant's sexual "misconduct" with individuals other than the accused, the complainant could no longer refuse to answer these questions and further, the accused could lead evidence to contradict the complainant's testimony.

Quoique les objectifs du législateur aient été louables, l'interprétation donnée à cet article par les tribunaux a contrecarré les avantages qu'il aurait pu entraîner pour les plaignantes. En fait, selon cette interprétation, cette disposition offrait à la plaignante moins de protection que la common law, ce qui constitue un résultat étonnant si l'on considère que, en l'adoptant, le législateur avait l'intention de corriger un problème évident.

Mentionnons plus spécifiquement l'arrêt *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, dans lequel notre Cour a statué, à la p. 279, que la plaignante est un témoin contraignable à l'audition à huis clos pour que le juge du procès puisse déterminer s'il est nécessaire de recueillir des témoignages au procès même:

D'abord, l'audition à huis clos a notamment pour but de permettre au juge ou au magistrat de se convaincre du poids de la preuve, et je ne peux voir comment il peut y parvenir sans se faire une opinion des témoins cités à comparître, opinion qui tiendra compte de leur attitude, de leur connaissance des événements sur lesquels ils sont interrogés, de la cohérence de leur témoignage, etc. Deuxièmement, le par. 142(2) établit selon moi de façon incontestable que des témoignages peuvent (non doivent) être recueillis à l'audition à huis clos [ . . . ] À mon avis, le juge ou le magistrat qui préside l'audition à huis clos peut décider, après avoir entendu les plaidoiries ou les observations des avocats, qu'il n'a pas besoin d'entendre de témoignages. . . .

Si des témoignages sont recueillis à l'audition à huis clos, il faut considérer les témoins que l'on se propose de citer comme contraignables, et la plaignante, dont le crédit est une question de fait spécifiée à l'al. 142(1)b), doit l'être également, devenant, cependant, le témoin de l'accusé si elle est citée à l'audition à huis clos.

Non seulement la plaignante était-elle un témoin contraignable lorsque citée par l'accusé à l'audition à huis clos, mais, en outre, notre Cour a décidé, contrairement à la position de la common law, que la crédibilité devenait, compte tenu du libellé de l'al. 142(1)b), une question substantielle. Par conséquent, en ce qui concerne les questions relatives à son «inconduite» sexuelle avec d'autres personnes que l'accusé, la plaignante ne pouvait plus refuser d'y répondre et, de plus, l'accusé pouvait présenter une preuve visant à contredire son témoignage.

At common law, a complainant could be asked about specific instances of sexual activity with named individuals other than the accused but could not be contradicted as such evidence went merely to credibility, a collateral issue. (See *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 S.C.R. 117, at p. 130, and *Gross v. Brodrecht* (1897), 24 O.A.R. 687, at p. 689, for a statement of the rule in this regard.) The impetus for this contrary conclusion appears to have been a concern for "balancing" the rights of the accused with the new "protection" afforded the complainant. After explaining that Parliament had attempted via s. 142 to alleviate the trauma of the complainant (although it is clear that this was not the only purpose of the legislation), Laskin C.J., at p. 274, for the Court discusses this "balance":

There has been advertence ... to ... the purpose of s. 142, namely, to alleviate the trauma and the humiliation and embarrassment of a complainant by an inquiry into her past sexual conduct with persons other than the accused. The provision also appears, however, to balance the interests of an accused because, under the prior law, a denial of sexual misconduct with others precluded any further inquiry into what was considered to be a collateral issue.

To make the position of the complainant under s. 142 plain, Laskin C.J., at p. 275, elaborated on the effect of this "trade-off" in these words:

The accused, in making his defence, is not limited to cross-examining the complainant to expose the falsity of a denial of sexual encounters with others (if she does deny them), but may put forward other witnesses ... to impugn the credibility of the complainant. [Emphasis added.]

It may be argued that, not only did the Court feel a somewhat misplaced need to "balance" the "protection" of the complainant against "restrictions" placed upon the accused, it tipped the balance further in favour of the accused. This is obviously a curious result given the fact that the infirmities of the common law led Parliament to intervene. That the complainant should walk away with less than she already had is lamentable. (The same conclusion was reached by Wilson J. (dissenting) in *R. v. Konkin*, [1983]

En common law, la plaignante pouvait être interro-  
gée sur des actes spécifiques de conduite sexuelle avec des personnes nommées autres que l'accusé, mais elle ne pouvait être contredite puisque cette preuve visait seulement la crédibilité, une question accessoire. (Voir *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 R.C.S. 117, à la p. 130, et *Gross v. Brodrecht* (1897), 24 O.A.R. 687, à la p. 689, pour un énoncé de la règle à cet égard.) Cette conclusion contraire semble avoir été fondée sur la préoccupation d'établir un «équilibre» entre les droits de l'accusé et la nouvelle «protection» offerte à la plaignante. Après avoir expliqué que le législateur avait tenté, en adoptant l'art. 142, d'atténuer le traumatisme de la plaignante (bien qu'il soit évident que ce n'était pas là le seul objet de cette disposition), le juge en chef Laskin examine cette question, à la p. 274:

[On a] fait allusion à ce que [vise] [...] l'art. 142, savoir, atténuer le traumatisme, l'humiliation et la gêne causés à une plaignante par une enquête sur son comportement sexuel passé avec d'autres personnes que l'accusé. Cependant, la disposition tient également compte des intérêts de l'accusé parce qu'en vertu du droit antérieur, si la plaignante niait toute incohérence sexuelle avec d'autres personnes, cela empêchait toute autre enquête sur ce qui était considéré comme une question accessoire.

Pour établir clairement la position de la plaignante aux termes de l'art. 142, le juge en chef Laskin développe, à la p. 275, la question de l'effet de cette «compensation»:

Dans sa défense, l'accusé n'est pas limité au contre-interrogatoire de la plaignante pour faire ressortir la fausseté d'une dénégation de relations sexuelles avec d'autres personnes (si elle les nie), mais peut faire comparaître d'autres témoins [...] pour attaquer le crédit à accorder à la plaignante. [Je souligne.]

On pourrait prétendre que non seulement notre Cour a cru à tort nécessaire d'établir un «équilibre» entre la «protection» de la plaignante et les «restrictions» imposées à l'accusé, mais qu'elle a aussi fait pencher la balance en faveur de l'accusé. C'est là un résultat curieux si l'on tient compte du fait que ce sont les lacunes de la common law qui avaient incité le législateur à intervenir. Il est déplorable que la plaignante se soit retrouvée avec moins de droits qu'elle n'en avait auparavant. (C'est également l'opi-

1 S.C.R. 388, wherein she stated at p. 396 that, “[i]n effect s. 142, instead of minimizing the embarrassment to complainants, increased it.”) The *Report of the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence*, *supra*, also criticized the approach of the Court in *Forsythe*, *supra*, and concluded at p. 72, properly in my view, that “[t]his interpretation defeats the main purpose of the provision.” The peculiar nature of the “balance” struck by the Court is commented on by C. Boyle, “Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?” (1981), 23 *Crim. L.Q.* 253, at pp. 258-59, in these words:

This displays a regrettable and unnecessary tit-for-tat approach to judicial law-making, unnecessary because in the judge-made law prior to 1975, there was no perceived need to allow contradictory evidence and nothing has happened since to demonstrate that accused persons then were not receiving a fair trial. . . .

There can be no equivalence between cutting out some irrelevant questions and permitting other irrelevant evidence. [Emphasis added.]

In sum, the response of the courts to s. 142 was decidedly at odds both with a recognition of the discriminatory nature of the common law and with the larger goals of Parliament in enacting the provision. Obviously, the judicial response did not alleviate the problems with the common law, leading Parliament to try once again.

Before delving into the second legislative effort of Parliament, I will briefly discuss a reform that accompanied s. 142, as it forms part of the legal context and also provides a stronger indication of the objectives of Parliament in becoming involved in this area of the law.

Section 142, which I have discussed above, replaced the previous s. 142 which contained a discretionary warning provision. The warning provision was not reenacted. It provided that, where an accused

nion du juge Wilson (dissidente) dans l’arrêt *R. c. Konkin*, [1983] 1 R.C.S. 388, dans lequel elle affirme, à la p. 396: «En réalité, l’art. 142, loin de minimiser l’embarras que peuvent éprouver les plaignantes, l’augmente.») Le *Rapport du groupe de travail fédéral-provincial sur l’uniformisation des règles de preuve*, précité, critique également la position de notre Cour dans l’arrêt *Forsythe*, précité, et conclut, à la p. 83, à raison selon moi, que «[c]ette interprétation va à l’encontre de l’objet principal de la disposition». Le caractère particulier de l’«équilibre» établi par notre Cour est commenté par C. Boyle, «Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?» (1981), 23 *Crim. L.Q.* 253, aux pp. 258 et 259:

[TRADUCTION] Cela démontre une attitude déplorable et inutile de donnant, donnant à l’égard du droit prétorien; inutile puisque dans le droit prétorien antérieur à 1975 on ne percevait pas la nécessité d’autoriser la présentation de preuves contradictoires et rien ne s’est produit depuis qui établit que les accusés ne bénéficiaient pas alors d’un procès équitable . . .

Il ne peut y avoir d’équivalence entre l’élimination de certaines questions non pertinentes et la présentation d’autres éléments de preuve non pertinents. [Je souligne.]

En somme, les tribunaux ont adopté à l’égard de l’art. 142 une position qui ne concordait incontestablement pas avec une reconnaissance du caractère discriminatoire de la common law ni avec les larges objectifs visés par le législateur lors de l’adoption de la disposition. De toute évidence, la réponse des tribunaux n’a pas eu pour effet d’atténuer les problèmes de la common law, et le législateur a dû se remettre à la tâche.

Avant de passer à l’analyse de la seconde tentative du législateur, j’examinerai brièvement une réforme qui a accompagné l’adoption de l’art. 142 puisqu’elle fait partie du contexte juridique et constitue aussi une indication encore plus évidente des objectifs visés par le législateur lorsqu’il est intervenu dans ce domaine du droit.

L’article 142, dont je viens de discuter, remplaçait l’ancien art. 142 qui prévoyait un avertissement discrétionnaire. Le nouvel article n’a pas repris cet avertissement qui prévoyait que lorsqu’un prévenu était

was charged with a certain sexual offence (sexual intercourse with a female under fourteen, sexual intercourse with a female between fourteen and sixteen, rape, attempted rape, and indecent assault on a female), and the only evidence which implicated the accused was the uncorroborated testimony of the female complainant, the judge shall instruct the jury that it is not safe to find the accused guilty in the absence of corroboration but that they were nevertheless entitled to do so. The stereotypical vision of complainants in sexual assault cases, which informed these rules of corroboration, was discussed earlier. The question that remained was whether the repeal by Parliament of the warning requirement revived the common law rule requiring corroboration in sexual offences. Though the answer reached by most courts was no (see, *R. v. Camp* (1977), 36 C.C.C. (2d) 511 (Ont. C.A.) and *R. v. Firkins* (1977), 37 C.C.C. (2d) 227 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1977] 2 S.C.R. vii), it was, nevertheless, held that the judge could still comment on the risks of relying on the evidence of a single witness. To some degree then, the objective of the legislation was not met. Repeal of the mandatory corroboration requirement, embodied in s. 139 of the *Code*, was left for a later occasion. Nevertheless, this first reform effort indicates a significant attempt on the part of Parliament to rid trials of sexual offences of certain discriminatory rules and practices.

The failure of the courts, as was indicated earlier, both to take cognizance of and to implement the objectives of Parliament in this earlier legislation, combined with further criticism of the manner in which complainants of sexual offences were treated, generated a sweeping set of reforms in 1982. The Honourable Jean Chrétien, then Minister of Justice and Attorney General of Canada, articulated the principles underlying this second, larger reform package in this manner:

The inequality of the present law has placed an unfair burden on female victims of sexual assault. It has added to the trauma, stigma and embarrassment of being sexually assaulted, and has deterred many victims from

inculpé d'une certaine infraction d'ordre sexuel (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans, rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de quatorze à seize ans, viol, tentative de viol et attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin), si la seule preuve qui impliquait le prévenu était le témoignage non corroboré de la plaignante, le juge devait informer le jury qu'il n'était pas prudent de déclarer coupable en l'absence de corroboration, mais qu'il avait le droit de le faire. J'ai déjà discuté de cette vision stéréotypée des plaignantes dans les affaires d'agression sexuelle, qui venait donner de la force à ces règles de corroboration. Il restait alors à déterminer si l'abrogation par le législateur de la nécessité de l'avertissement au jury rétablissait la règle de common law exigeant la corroboration dans le cas des infractions d'ordre sexuel. Bien que la plupart des tribunaux aient répondu négativement à cette question (voir *R. v. Camp* (1977), 36 C.C.C. (2d) 511 (C.A. Ont.) et *R. v. Firkins* (1977), 37 C.C.C. (2d) 227 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1977] 2 R.C.S. vii), ils ont néanmoins décidé que le juge avait la latitude d'informer le jury des dangers de déclarer un prévenu coupable sur la déposition d'un seul témoin. Dans une certaine mesure, l'objet de la disposition n'a donc pas été réalisé. L'abrogation de la règle de la corroboration obligatoire, prévue à l'art. 139 du *Code*, a été remise à plus tard. Néanmoins, ce premier effort de réforme constitue une importante tentative de la part du Parlement d'éliminer certaines règles et pratiques discriminatoires dans les procès pour infractions d'ordre sexuel.

Comme je l'ai déjà indiqué, le fait que les tribunaux n'ont pas reconnu et mis en œuvre les objectifs visés par le Parlement à l'égard de cette disposition ainsi que les critiques quant à la façon dont les plaignantes d'infractions d'ordre sexuel étaient traitées ont donné lieu à toute une série de réformes importantes en 1982. L'honorable Jean Chrétien, alors ministre de la Justice et procureur général du Canada, a énoncé les principes sous-jacents à cette deuxième grande réforme:

L'iniquité de la loi actuelle place un poids injuste sur les femmes victimes d'agression sexuelle. Elle augmente le traumatisme, l'opprobre et la gêne qui résultent d'une agression sexuelle; et à cause de cela, un grand

reporting these serious crimes to the police. . . . Bill C-53 would alleviate the legal impediment which allows this to occur.

I am pleased to note that there appears to be widespread support for the four basic principles underlying the bill, namely the protection of the integrity of the person, the protection of children and special groups, the safeguarding of public decency, and the elimination of sexual discrimination. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 77, April 22, 1982, at p. 77:29)

Further, in earlier discussion and debate, Ron Irwin, Parliamentary Secretary to the Minister of Justice and Minister of State for Social Development, referred with more particularity to the significance of the fourth principle:

Simple equity demands [the elimination of sexual discrimination in criminal law]. . . . hand in hand with the rights of the accused must go the protection of those who are victims.

(*House of Commons Debates*, July 7, 1981, at p. 11300.)

These larger reform purposes must inform any analysis of the legislation.

*The Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, extensively altered the law in a number of respects. To begin with, the rules relating to recent complaint were "abrogated" (s. 246.5). However, some questions remained about the scope and effect of the section; i.e., could the use of the *res gestae* and recent fabrication exceptions to the rule against narrative work to practically revive the recent complaint exception and, further, what offences are covered by the provision? In answering these questions surely some assistance can be obtained by advertizing to the larger goals of Parliament in enacting s. 246.5. With these goals in mind, a narrow interpretation of this section would be anomalous. (See C. Boyle, *Sexual*

nombre de victimes décident de ne pas déclarer ce crime grave à la police [ . . . ] Le projet C-53 porte une solution à ce problème.

a

Je remarque avec satisfaction qu'on appuie en général les principes fondamentaux contenus dans le projet de loi, à savoir la protection de l'intégrité de la personne; la protection de l'enfant et de certains autres groupes de personnes; la défense des bonnes mœurs; et l'élimination de la discrimination sexuelle. [Je souligne.]

(Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, *Procès-verbaux et témoignages*, Fascicule c n° 77, le 22 avril 1982, à la p. 77:29.)

En outre, lors de discussions et débats antérieurs, M. Ron Irwin, secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et ministre d'État chargé du développement social, avait examiné plus en détail l'importance du quatrième principe:

La justice la plus élémentaire [ . . . ] demande [l'élimination de la discrimination sexuelle en droit pénal] [ . . . ] Mais, de même qu'il faut protéger les droits des accusés, il faut protéger ceux de la victime.

(*Débats de la Chambre des communes*, le 7 juillet 1981, à la p. 11300.)

Toute analyse des dispositions législatives doit tenir compte de ces grands objectifs de la réforme.

*g La Loi modifiant le Code criminel en matière d'infractions sexuelles et d'autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, a considérablement modifié le droit à de nombreux égards.

*h* Mentionnons tout d'abord «l'abrogation» des règles relatives à la plainte immédiate (art. 246.5). Toutefois, restaient certaines questions quant à la portée et à l'effet de cet article; les exceptions de *res gestae* et de fabrication récente à la règle contre le témoignage narratif pourraient-elles en pratique rétablir l'exception de la plainte immédiate, et quelles sont les infractions visées par la disposition en question? L'examen des grands objectifs visés par le législateur lors de l'adoption de l'art. 246.5 peut certainement nous aider à répondre à ces questions. Compte tenu de ces objectifs, il ne serait pas normal d'interpréter

*Assault* (1984), at p. 154.) Nevertheless, the proper interpretation of this section is not in issue here.

What is important for our purposes is the relationship of this section and its goals to those provisions directly in issue in this case. As I discussed earlier, as a significant barrier to establishing credibility, the operation of the doctrine of recent complaint worked to the disadvantage of complainants and, as the rule found its roots in stereotypes of such complainants, its repeal is in keeping with the articulated goals of Parliament.

Parliament also addressed the mandatory corroboration requirement which escaped repeal in the 1976 set of amendments. This rule, embodied in s. 139(1) of the *Code*, required corroboration for the offences of sexual intercourse with the feeble-minded, incest, seduction of a female of previous chaste character between 16 and 18 years of age, seduction under promise of marriage, sexual intercourse with step-daughters, foster daughters, female wards or female employees, seduction of female passengers on vessels, and parent or guardian procuring defilement. (Note, however, that some of these offences have themselves been repealed.) In this second set of reforms, Parliament repealed s. 139 and also enacted s. 246.4 which provides that, where an accused is charged with incest, gross indecency, or one of the various forms of sexual assault, no corroboration is required for a conviction and, further, the judge shall not instruct the jury that, without corroboration, it would be unsafe to convict. These changes rectify the position that existed after the repeal of s. 142 referred to above, namely that a trial judge could still instruct the jury about the "perils" of relying on the uncorroborated testimony of a single witness.

Another significant step forward in respect of protecting the integrity of the person and the elimination of sexual discrimination is the change relating to the prosecution of husbands who sexually assault their wives. Section 246.8 provides that a husband or a wife may be charged with any of the sexual assault

cet article de façon étroite. (Voir C. Boyle, *Sexual Assault* (1984), à la p. 154.) L'interprétation correcte de cet article n'est toutefois pas en litige ici.

ce qui est important pour nous ici est le lien entre cet article et ses objectifs et les dispositions directement en jeu dans la présente affaire. Comme je l'ai déjà mentionné, puisqu'elle constituait un obstacle important à l'établissement de la crédibilité, l'application de la doctrine de la plainte immédiate désavantageait les plaignantes et, cette règle trouvant son fondement dans les stéréotypes existants à l'égard des plaignantes, son abrogation est compatible avec les objectifs énoncés par le Parlement.

Le législateur s'est aussi penché sur la corroboration obligatoire, règle qui n'avait pas été abrogée par la série de modifications de 1976. Cette règle, prévue au par. 139(1) du *Code*, exigeait une corroboration dans les cas de rapports sexuels avec une personne faible d'esprit, d'inceste, de séduction d'une personne du sexe féminin de mœurs antérieurement chastes âgée de 16 à 18 ans, de séduction sous promesse de mariage, de rapports sexuels avec sa belle-fille, sa fille adoptive, sa pupille ou son employée, de séduction de passagères à bord de navires ou de déflirement par le père, la mère ou le tuteur. (Signalons toutefois que certaines de ces infractions ont été abrogées.) Au cours de la deuxième série de réformes, le Parlement a abrogé l'art. 139 et adopté l'art. 246.4 qui dispose que la corroboration n'est pas nécessaire pour déclarer coupable une personne accusée d'inceste, de grossière indécence ou de l'une des diverses formes d'agression sexuelle. En outre, le juge ne doit pas alors informer le jury qu'il n'est pas prudent de déclarer l'accusé coupable en l'absence de corroboration. Ces changements rectifient la situation qui existait avant l'abrogation de l'art. 142 dont il est fait mention ci-dessus, savoir que le juge du procès pouvait toujours informer le jury des «dangers» de déclarer une personne coupable sur la foi d'une seule déposition non corroborée.

La modification relative aux poursuites pouvant être intentées contre un conjoint qui agresse sexuellement sa femme constitue une autre étape importante vers la protection de l'intégrité de la personne et l'élimination de la discrimination sexuelle. L'article 246.8 prévoit qu'un conjoint peut être inculpé de

offences in respect of his or her spouse, regardless of whether or not they were living together at the time of the act. Prior to these amendments, rape was defined as occurring where “[a] male person . . . has sexual intercourse with a female person who is not his wife”. To give effect to the amendment, Parliament modified the *Canada Evidence Act* and removed spousal incompetence and spousal non-compellability impediments in respect of these offences. Ron Irwin, then Parliamentary Secretary to the Minister of Justice and Minister of State for Social Development, described this change as granting “[e]qual protection under the law . . . to all persons” (*House of Commons Debates*, July 7, 1981, at p. 11301).

Parliament also amended pre-existing provisions which protected the identity of the complainant in sexual offences. The amendments give the complainant independent status to apply for an order directing that her identity and any information which could disclose her identity not be published and, further, require the judge to grant the order upon her application. In addition, the amendments place upon the judge a duty to inform the complainant of her right to apply for the order. (These provisions were the subject of discussion in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, a judgment that will be discussed later in these reasons.)

Finally, this set of reforms saw the repeal of s. 142 discussed above, and the enactment of ss. 246.6 and 246.7 (now ss. 276 and 277), reproduced at the outset. I will discuss the meaning and scope of the provisions later in these reasons. For the moment, it is sufficient to note that these sections clearly also promote the larger objectives of the reform package. Notwithstanding their congruence with these larger objectives, notably the attempt to eliminate sexual discrimination, they were also viewed as effecting change on a number of other, more specific levels. A further objective of the provisions was the rationalization of trials of sexual offences through restricting the ability of the accused to adduce invasive, prejudicial evidence of sexual history and sexual reputation, except

l'une ou l'autre des infractions d'agression sexuelle contre l'autre conjoint, peu importe s'ils cohabitaient ou non au moment où l'infraction a été commise. Avant ces modifications, commettait un viol «[u]ne personne de sexe masculin [...] ayant des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse». Afin de donner effet à cette modification, le Parlement a dû modifier la *Loi sur la preuve au Canada* et éliminer l'inhabitabilité d'un conjoint ainsi que les obstacles à la non-contraignabilité d'un conjoint à l'égard de ces infractions. De l'avis de Ron Irwin, alors secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et ministre d'État chargé du développement social, grâce à ce changement: «[t]ous jouiront d'une protection égale devant la loi» (*Débats de la Chambre des communes*, le 7 juillet 1981, à la p. 11301).

<sup>d</sup> Le législateur a également modifié les dispositions pré-existantes qui protégeaient l'identité de la plaignante dans une affaire d'infraction d'ordre sexuel. Les modifications confèrent à la plaignante un statut indépendant pour demander une ordonnance enjoignant de ne pas publier son identité ou des renseignements qui permettraient de l'identifier, et le juge doit dans ce cas rendre cette ordonnance. En outre, les modifications imposent au juge le devoir d'aviser la plaignante de son droit de demander une ordonnance. (Ces dispositions ont été analysées dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, dont je discuterai plus loin.)

<sup>g</sup> Cette série de réformes a entraîné l'abrogation de l'art. 142 mentionné ci-dessus ainsi que l'adoption des art. 246.6 et 246.7 (maintenant les art. 276 et 277), que j'ai reproduits au début de mon opinion. J'analyserai plus loin la signification et la portée de ces dispositions. Qu'il me suffise pour l'instant d'indiquer que ces articles s'inscrivent clairement dans la lignée des vastes objectifs du programme de réforme. Bien qu'ils soient compatibles avec ces objectifs plus larges, notamment la tentative d'éliminer la discrimination sexuelle, ces articles ont aussi été considérés comme entraînant un certain nombre d'autres changements plus spécifiques. Un objectif additionnel visait la rationalisation des procès pour infractions d'ordre sexuel en restreignant la possibilité pour l'accusé de faire valoir des preuves invasives et préjudiciables concernant l'historique sexuel et la réputation sexuelle de l'accusé, sauf

in circumstances where the evidence was sufficiently proximate to the legal issues raised. Along with, and perhaps due to the immediate effect of the provisions at trial, they would fulfil another objective, that of increasing reporting of sexual assault. In this regard <sup>a</sup> the then Minister of Justice stated:

cusé de présenter des preuves envahissantes et préjudiciables sur le comportement sexuel antérieur et sur la réputation sexuelle de la plaignante, sauf dans les cas où la preuve en question était suffisamment liée aux questions juridiques soulevées. En outre, ces dispositions, peut-être à cause de leur incidence immédiate sur les procès, permettraient d'atteindre un autre objectif, soit l'accroissement des plaintes d'agression sexuelle. Voici à cet égard l'opinion exprimée par le ministre de la Justice d'alors:

The reason why we want to get rid of the interminable questioning on a person's reputation is because very often this is precisely why women refuse to make a complaint in the case of rape. . . Under the bill, in the case of a charge of aggravated sexual assault or sexual assault, the act itself will be discussed and not what may have happened in the previous years. [Emphasis added.]

(Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence, supra*, at p. 77:46.)

Finally, the provisions have an inestimable advantage over both the common law and the previous provision, an advantage that is especially pertinent in this area of law, that of increased certainty. Certainty in and of itself has immeasurable value in this area but it also works to ensure that the other objectives of the legislation are met.

Combined with my discussion at the outset of sexual assault, this discussion of the state of the pertinent law prior and subsequent to legislative intervention and of the legislative goals underlying the reform process provides the larger legal context for the examination of the constitutional questions stated in these cases. This contextual approach is essential in my view for a complete understanding of the role of the legislative provisions at issue in the present case and so that the ultimate constitutional questions may be answered with confidence.

#### Relevance and Admissibility at Common Law and Under the Legislative Provisions

Like many of the other legal rules and principles that are brought to bear in trials of persons charged with sexual offences, the concept of relevance has

Si on veut éliminer ces questionnaires interminables sur la réputation d'une personne, c'est que, très souvent, c'est ce qui a amené les femmes à refuser de porter plainte dans des cas de viol . . . Lorsqu'on aura une accusation de viol qui s'appellera assaut grave ou moins grave, ce sera l'acte lui-même qui sera débattu et non pas ce qui a pu se passer dans les années antérieures. [Je souligne.]

(Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Procès verbaux et témoignages*, précité, à la p. 77:46.)

Enfin, les dispositions ont un avantage considérable tant sur la common law que sur la loi antérieure, avantage particulièrement pertinent dans ce domaine du droit, savoir une certitude accrue. En soi, la certitude a une valeur incommensurable dans ce domaine, mais elle contribue également à la réalisation des autres objectifs des dispositions législatives.

Conjointement avec mon analyse antérieure sur l'agression sexuelle, cette discussion de l'état du droit pertinent avant et après l'intervention du législateur et des objectifs législatifs à la base de la réforme fournit le cadre juridique global nécessaire à l'examen des questions constitutionnelles soulevées en l'espèce. J'estime que cette analyse contextuelle est essentielle pour bien comprendre le rôle des dispositions législatives contestées en l'espèce, et pour permettre de répondre adéquatement aux questions constitutionnelles posées ultimement.

#### Pertinence et admissibilité en common law et en vertu des dispositions législatives

Comme un grand nombre d'autres règles et principes juridiques qui ont une incidence dans les procès de personnes inculpées d'infractions d'ordre sexuel,

been imbued with stereotypical notions of female complainants and sexual assault. That this is so is plain from the common law which held that evidence of "unchasteness" was relevant to both consent and credibility. Any connection between the evidence sought to be adduced and the fact or matter of which it was supposedly probative must be bridged by stereotype (that "unchaste" women lie and "unchaste" women consent indiscriminately), otherwise the propositions make no sense. While some may think that these represent egregious examples of the use of stereotype, it is well to remember that relevancy determinations such as this are still being made, though the myth which drives the particular determination may be better obscured or, due to the entrenchment of these beliefs, more automatically made.

Traditional definitions of what is relevant include "whatever accords with common sense" (McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1990), at p. 3-5); "relevant" means that "any two facts to which it is applied are so related to each other that according to the common course of events one either taken by itself or in connection with other facts proves or renders probable the past, present or future existence or non-existence of the other" (Stephen's *A Digest of the Law of Evidence* (12th ed. 1946), art. 1), and finally Thayer's "logically probative" test with relevance as an affair of logic and not of law, a test adopted by this Court in *Morris, infra*.

Whatever the test, be it one of experience, common sense or logic, it is a decision particularly vulnerable to the application of private beliefs. Regardless of the definition used, the content of any relevancy decision will be filled by the particular judge's experience, common sense and/or logic. For the most part there will be general agreement as to that which is relevant and the determination will not be problematic. However, there are certain areas of inquiry where experience, common sense and logic are informed by stereotype and myth. As I have made clear, this area of the law has been particularly prone

to the concept of pertinence a été imprégné de notions stéréotypées concernant les plaignantes et l'agression sexuelle. Ce fait ressort clairement de la common law qui reconnaissait que la preuve des «mœurs faciles» était pertinente à la fois au consentement et à la crédibilité. Tout lien entre la preuve que l'on cherchait à présenter et le fait ou la question dont la preuve était supposée en établir la véracité devait reposer sur un stéréotype (savoir que les femmes «de mœurs faciles» mentent et qu'elles consentent aveuglément aux rapports sexuels); sinon, ces propositions n'ont aucun sens. Bien que certains puissent croire que ce sont là des exemples ultimes de l'utilisation de stéréotypes, il est bon de se rappeler que ce genre de détermination de la pertinence d'une preuve existe encore, bien que le mythe à la base de cette détermination puisse être mieux dissimulé ou, comme ces croyances sont bien ancrées, soit appliqué de façon systématique.

Parmi les définitions traditionnelles de la pertinence figurent: [TRADUCTION] «tout ce qui est en accord avec le bon sens» (McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 3-5); [TRADUCTION] «deux faits sont dits pertinents s'ils sont, en temps normal, tellement liés l'un à l'autre que l'un de ces faits pris isolément ou en rapport avec d'autres permet de prouver ou de rendre probable l'existence ou la non-existence passée, actuelle ou future d'un autre fait» (Stephen, *A Digest of the Law of Evidence* (12<sup>e</sup> éd. 1946), art. 1), et enfin, le critère de la [TRADUCTION] «preuve logique» de Thayer, la pertinence constituant [TRADUCTION] «une affaire de logique et non de droit», test adopté par notre Cour dans l'arrêt *Morris, infra*.

Quel que soit le test, qu'il soit fondé sur l'expérience, le bon sens ou la logique, c'est là une décision particulièrement perméable aux préjugés. Quelle que soit la définition utilisée, la décision que prendra le juge quant à la pertinence sera fondée sur son expérience, son bon sens ou sa logique, ou sur les trois à la fois. Dans la majorité des cas, on s'entendra généralement sur ce qui est pertinent, et la détermination de la pertinence ne posera pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l'expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes. Comme je l'ai déjà indiqué clai-

to the utilization of stereotype in determinations of relevance and again, as was demonstrated earlier, this appears to be the unfortunate concomitant of a society which, to a large measure, holds these beliefs. It would also appear that recognition of the large role that stereotype may play in such determinations has had surprisingly little impact in this area of the law. Marshall J. stated in *R. v. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440 (N.W.T.S.C.), at p. 450:

Now, then, in logic, is sexual indulgence outside of marriage or established relationships (one could perhaps still call it unchastity) logically probative of consent on a particular occasion? Does it make consent more harmonious with all the circumstances, and does it move the trier towards one preponderance of possibilities? Does it mean the girl was more likely to have consented?

Or it could be put simply this way. Is the girl who indulges herself sexually outside of marriage or established relationships more likely to consent? The antithesis would be: is a girl who *does not* indulge herself outside of marriage or established relationships ever, as likely to have consented? Applying the test we use to establish judicial truth, I think the answer can only be *No*. The antithesis is also logically probative, I think—though not conclusive, of course, but logically probative.

What offends one's sense of justice most, I think, is that relating unchastity to a likelihood of consent is unfair and also, of course, not conclusive in any individual case. What one must realize, though, is that our test for judicial truth is based on probabilities. This is, of course, both fallible and flawed. It may also show, in a specific case, rank prejudice; but we use it. [Italics in original.] [Emphasis added.]

It seems odd to recognize the use of stereotype in the "test for judicial truth" but nevertheless conclude that the test for "truth" is met. If the only thing that

rement, on a été tout particulièrement enclin, dans ce domaine du droit, à utiliser des stéréotypes aux fins de déterminer ce qui est pertinent et cela, comme je l'ai déjà démontré, paraît aller malheureusement de soi à l'intérieur d'une société qui, en grande partie, partage ces préjugés. Il semble également que la reconnaissance du rôle important que jouent les stéréotypes dans le cadre de la détermination de la pertinence a eu fort peu d'incidence dans ce domaine du droit. Le juge Marshall observe dans l'arrêt *R. v. Oquataq* (1985), 18 C.C.C. (3d) 440 (C.S.T.N.-O.), à la p. 450:

[TRADUCTION] Maintenant, en toute logique, est-ce que la satisfaction sexuelle en dehors du mariage ou de rapports établis (que l'on pourrait peut-être encore appeler manque de chasteté) constitue une preuve logique du consentement à une occasion donnée? Ce fait rend-il le consentement plus harmonieux avec l'ensemble de toutes les circonstances et incite-t-il le juge à conclure à l'existence d'une prépondérance des probabilités? Cela signifie-t-il que la femme a plus vraisemblablement donné son consentement?

Ou en termes simples. Est-ce qu'une femme qui satisfait à ses désirs sexuels en dehors du mariage ou de rapports établis donnera plus vraisemblablement son consentement? L'antithèse serait: est-ce qu'une femme qui ne satisfait jamais à ses désirs sexuels en dehors du mariage ou de rapports établis est aussi susceptible d'avoir consenti aux rapports sexuels? Si l'on applique le critère que nous utilisons pour établir la vérité judiciaire, je crois que l'on ne peut répondre que par la négative. À mon avis, l'antithèse pourrait aussi être logiquement probante, quoique non concluante, mais logiquement probante.

À mon avis, ce qui offense le plus notre sens de la justice est qu'il est injuste, et non concluant, d'établir un rapport entre le manque de chasteté et la probabilité d'un consentement dans un cas donné. Il faut comprendre toutefois que notre critère de la vérité judiciaire se fonde sur des probabilités, ce qui est à la fois faillible et imparfait. Cela peut aussi faire montre, dans une affaire donnée, d'un préjudice lié au rang; toutefois, nous l'utilisons quand même. [Italiques dans l'original.] [Je souligne.]

Il semble bizarre de reconnaître l'utilisation des stéréotypes dans le «critère de la vérité judiciaire» et de néanmoins conclure que l'on a satisfait au critère

renders a determination of relevancy understandable is underlying stereotype, it would seem contradictory to conclude then that "truth" has been found. "The trier is . . . trying to ascertain questions of fact, which involve truth, but which can only become fraught with untruth once unsubstantiated cultural beliefs are factored in as 'relevant' evidence" (Sheehy, *supra*, at p. 755). It is also somehow perverse to suggest that an objective application of the law of evidence mandates the admission of evidence which exhibits "rank prejudice". This seems to exclude altogether both examination of, and responsibility for, individual decision making. The sticking point is, of course, recognition that the application of "logic" and "common sense" may, in any given case, show "rank prejudice". As Dawson, *supra*, rightfully points out, at p. 316, "[legal standards] are not simply neutral mechanisms to facilitate substantive debates, but take their place in a normative structure." As such they may be used to perpetuate "rank prejudice". Though the determination of what is relevant is often represented as involving a neutral standard applied objectively, both history and the magnitude of the harm done suggest otherwise:

de la «vérité». Si la seule chose qui rend la détermination de la pertinence compréhensible est le stéréotype sous-jacent, il semblerait contradictoire alors de conclure que la «vérité» a été découverte. [TRADUCTION] «Le juge [...] tente d'apprécier les questions de fait, ce qui comprend la recherche de la vérité, appréciation qui ne peut que devenir erronée si les éléments de preuve «pertinents» reposent sur des croyances culturelles dont le bien-fondé n'a pas été établi» (Sheehy, précité, à la p. 755). Il est également quelque peu inopportun d'affirmer qu'une application objective du droit de la preuve exige l'admission de preuves qui démontrent l'existence d'un «préjudice lié au rang». Ceci semble exclure à la fois l'examen et la responsabilité de la prise de décision individuelle. Le point important est bien entendu la reconnaissance que l'application de la «logique» et du «bon sens» peut, dans un cas donné, faire montrer d'un «préjudice lié au rang». Comme l'affirme à juste titre Dawson, précité, à la p. 316, [TRADUCTION] «non seulement [les critères juridiques] constituent des mécanismes neutres visant à faciliter les débats de fond, mais ils s'inscrivent dans le cadre d'une structure normative.» Ils peuvent à ce titre être utilisés pour perpétuer le «préjudice lié au rang». Quoique la détermination de ce qui est pertinent se fonde souvent sur un critère neutre, appliqué objectivement, tant l'histoire que l'ampleur du préjudice causé laissent toutefois supposer que ce n'est pas le cas:

Definition of reality is one mechanism whereby legal systems serve to disempower and oppress non-dominant segments of a heterogeneous population. A "neutral" rule is no barrier whatsoever; if anything, it may facilitate discrimination by defusing pressure for "equal" application of the law. Only the effects of a legal system provide significant evidence of whether it is non-discriminatory. [Footnotes omitted.][Emphasis added.]

(L. Vandervort, *supra*, at p. 262.)

I have discussed the effects in this area of the law in significant detail at the outset and have concluded that they do provide "significant evidence" of discrimination.

Once the mythical bases of relevancy determinations in this area of the law are revealed (discussed at

[TRADUCTION] La définition de la réalité est une façon que les systèmes juridiques utilisent pour rendre inhambiles et opprimer des segments dépendants d'une population hétérogène. L'application d'une règle «neutre» ne constitue pas du tout un obstacle; elle peut plutôt faciliter la discrimination en désamorçant les pressions visant une application «égale» de la loi. Seuls les effets d'un système juridique fournissent une preuve importante de sa discrimination ou non-discrimination. [Notes en bas de page omises.][Je souligne.]

(L. Vandervort, précité, à la p. 262.)

*i* J'ai examiné dès le départ de façon fort détaillée les effets dans ce domaine du droit et j'ai conclu qu'ils constituent une «preuve importante» de discrimination.

*j* Lorsque l'on a établi que la détermination de la pertinence dans ce domaine du droit est fondée sur

greater length later in these reasons), the irrelevance of most evidence of prior sexual history is clear. Nevertheless, Parliament has provided broad avenues for its admissibility in the setting out of the exceptions to the general rule in s. 246.6 (now s. 276). Moreover, <sup>a</sup> all evidence of the complainant's previous sexual history with the accused is *prima facie* admissible under those provisions. Evidence that is excluded by these provisions is simply, in a myth- and stereotype-free decision-making context, irrelevant.

The first exception, in subs. (1)(a), has the potential for allowing the admission of a wide variety of sexual history evidence. It encompasses situations where the Crown directly or indirectly introduces in evidence the issue of the complainant's sexual history. If the Crown chooses to do so, the door is open for rebuttal evidence. It would allow the defence to adduce sexual history evidence to explain semen, pregnancy, injury or disease that the Crown contends was a consequence of the offence. Such evidence is, however, limited to rebutting this explicit or implicit contention of the Crown. Subsection (1)(b) allows the receipt of evidence which goes to show the identity of the person who had sexual relations with the complainant on the pertinent occasion. This subsection and subs. (1)(a) overlap to some degree in that rebuttal evidence regarding the physical consequences of the assault would, depending upon the circumstances of the case, be admissible under one or either subsection. Noteworthy, however, is the caveat in subs. (1)(b) that such evidence must go to establishing the identity of the person who had sexual contact with the complainant on the occasion set out in the charge. While these provisions are inherently broad, their interpretation must nevertheless remain true to the wording of the exception otherwise they will have little effect. As for the last exception, subs. (1)(c), it allows the receipt of relevant and proximate sexual history evidence that goes to the issue of the consent the accused honestly thought he had been given. In summary, as Grange J.A. pointed out (at p. 307), for

des mythes (ce que j'analyserai plus à fond plus loin), on se rend bien compte de la non-pertinence d'une grande partie de la preuve portant sur le comportement sexuel antérieur. Néanmoins, le législateur a laissé ouvertes de larges avenues où cette preuve sera admissible en édictant des exceptions à la règle générale, exceptions prévues à l'art. 246.6 (maintenant l'art. 276). Du reste, toute la preuve du comportement sexuel antérieur de la plaignante avec l'accusé est *prima facie* admissible aux termes de ces dispositions. Les preuves qui sont exclues par ces dispositions sont simplement non pertinentes dans un contexte de prise de décision non fondée sur les mythes et les stéréotypes.

La première exception mentionnée à l'al. (1)a) peut entraîner l'admission de toute une gamme de preuves sur le comportement sexuel antérieur. Elle <sup>d</sup> englobe les cas où le ministère public présente directement ou indirectement une preuve sur le comportement sexuel de la plaignante. Si le ministère public choisit de procéder de cette façon, la défense pourra présenter une contre-preuve. Ainsi, la défense pourrait présenter des preuves sur le comportement sexuel pour expliquer la présence de sperme, la grossesse, l'existence de blessures ou de maladies qui, selon le ministère public, seraient une conséquence de l'infraction. Toutefois, la preuve en question ne doit viser qu'à repousser la prétention explicite ou implicite du ministère public. L'alinéa (1)b) prévoit la recevabilité d'une preuve dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels <sup>g</sup> lors de l'événement en question. Cet alinéa et l'al. (1)a) se chevauchent dans une certaine mesure en ce que la contre-preuve concernant les conséquences physiques de l'agression serait, en fonction des circonstances de l'affaire, admissible en vertu de l'un ou l'autre de ces alinéas. Toutefois, fait important, l'al. (1)b) indique clairement que cette preuve doit être présentée dans le but d'établir l'identité de la personne qui a eu avec le plaignant des rapports sexuels lors de l'événement mentionné dans l'acte d'accusation. Bien que ces dispositions soient fondamentalement larges, elles doivent néanmoins demeurer fidèles au texte de l'exception, sinon elles auront peu d'incidence. En ce qui concerne la dernière exception, l'al. (1)c) permet la recevabilité d'une preuve pertinente et immédiate sur le comportement

the majority of the Court of Appeal, “[t]here is nothing startling or unique about our legislation”.

As to s. 246.7 (now s. 277), it merely excludes evidence of sexual reputation used to impeach or support the credibility of the complainant. The notion that reputation for “unchasteness” is relevant to credibility is insupportable and its legislative exclusion uncontentious. Furthermore, evidence of sexual reputation is inherently unreliable. Due to the nature of the activity that forms the subject matter of the reputation, the alleged reputation is often nothing more than “speculation and exaggeration” (see Galvin, *supra*, at p. 801, and A. P. Ordover, “Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity” (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90, at p. 105). In fact, both the appellant Seaboyer and the intervener, the Canadian Civil Liberties Association, concede that the exclusion mandated by s. 277 is uncontentious. Indeed, my colleague reaches the same conclusion at p. 612.

The literature and case law in this area abound with examples of the supposed relevant evidence that is excluded by s. 276. For the most part, however, the “relevant” evidence provided in these examples is, on a principled inquiry, irrelevant; any semblance of relevance depends in large measure upon acceptance of stereotype about women and rape. Much of the remainder is admissible under the provision. One hesitates, however, to construct an argument around the speculative scenarios offered. Many of the scenarios are pure fantasy and have absolutely no grounding in life or experience. Speculating in this manner depends, to some degree, upon the acceptance of stereotypes about women and sexual assault and the will to propagate them. The point is well made by Sheehy, *supra*, at pp. 755-57:

The indeterminate exceptions [that evidence of sexual history is generally irrelevant] posed by the *Wald* case constitute an open invitation to the “pornographic imag-

sexual, qui porte sur le fait que l'accusé croyait honnêtement que la plaignante avait donné son consentement. Bref, comme le juge Grange l'a fait remarquer (à la p. 307), au nom de la Cour d'appel à la majorité, <sup>a</sup> [TRADUCTION] «[n]os dispositions législatives n'ont rien de surprenant ou d'unique».

<sup>b</sup> En ce qui concerne l'art. 246.7 (maintenant l'art. 277), il exclut simplement la preuve concernant la réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité du plaignant. On ne saurait appuyer la notion que la réputation de «mœurs faciles» est pertinente relativement à la crédibilité, et l'exclusion de cette preuve par le législateur n'est pas contestée. Par ailleurs, la preuve concernant la réputation sexuelle en soi est peu fiable. En raison de la nature de l'activité qui en constitue l'objet, la réputation alléguée n'est souvent fondée que sur la [TRADUCTION] «spéculation et l'exagération», (voir Galvin, précité, à la p. 801 et A. P. Ordover, «Admissibility of Patterns of Similar Sexual Conduct: The Unlamented Death of Character for Chastity» (1977), 63 *Cornell L. Rev.* 90, à la p. 105). En fait, l'appelant Seaboyer et l'intervenante, l'Association canadienne des libertés civiles, reconnaissent que l'exclusion prévue par l'art. 277 n'est pas contestée. Ma collègue en arrive à la même conclusion à la p. 612 de ses motifs.

<sup>f</sup> <sup>g</sup> La doctrine et la jurisprudence dans le domaine sont riches d'exemples de supposées preuves pertinentes exclues par l'art. 276. Toutefois, dans la plupart des cas, ces preuves «pertinentes» se révèlent, après examen des principes, non pertinentes; toute apparence de pertinence dépend en grande partie de l'acceptation de stéréotypes sur les femmes et le viol. La plupart des autres preuves sont admissibles en vertu de la disposition. Toutefois, on hésite à bâtir une thèse fondée sur les scénarios hypothétiques présentés. Un grand nombre de ces scénarios sont tout à fait irréels et ne trouvent absolument aucun fondement dans la vie ou l'expérience. Ce genre de spéculation dépend, dans une certaine mesure, de l'acceptation de stéréotypes sur les femmes et l'agression sexuelle et du désir de les répandre. Ce point est bien présenté par Sheehy, précité, aux pp. 755 à 757:

<sup>j</sup> [TRADUCTION] Les exceptions indéterminées [que la preuve du comportement sexuel est généralement non pertinente] soulevées par l'arrêt *Wald* constituent une

ination" with which we have all been culturally endowed. The beliefs which spring from this collective imagination are not only without empirical foundation; they also systematically deny control and credibility to those who do not belong to the dominant culture. Even more problematic is the fact that these beliefs are insidious because they are taken for granted and are therefore almost irresistible to the trier of fact who has absorbed our culture. . . .

In fact, the examples used by defence counsel, academics, and judges to illustrate situations where sexual history evidence is said to be highly "relevant", resemble . . . "pornographic vignettes" . . . These hypotheticals play upon internalized assumptions about what women really want and male desires for specific sexual scenarios. . . . They evoke highly emotive reactions which bear no relationship to "truth", and they bring out the worst in us. [Footnotes omitted.] [Emphasis added.]

I also heartily concur in the submissions at p. 17 of the factum of the intervenor Women's Legal Education and Action Fund et al. on this point:

... in all of the hypothetical situations outlined in the Appellants' factums, evidence of sexual history and/or sexual reputation is either totally irrelevant, admissible pursuant to the exceptions provided for in s. 276, or, in the alternative, of very low probative value and highly prejudicial to the interests of the administration of justice . . . [Emphasis added.]

I will, therefore, resist as much as possible joining the discourse at this level and will restrict myself to perhaps a more general discussion of the effect of the provisions.

As I stated above, many of the examples set up by opponents to the legislation are based upon a misapprehension of the scope of the exceptions and, indeed, some of the earlier case law striking down these provisions is, unfortunately, guilty of the same error. In *R. v. Coombs* (1985), 23 C.C.C. (3d) 356 (Nfld. S.C.T.D.) and *R. v. Oquataq, supra*, the defence wished to adduce evidence of prior sexual history in response to Crown evidence of physical injury of the complainant. In both cases such evidence would have been admissible under s. 276. In

invitation ouverte à «l'imagination pornographique» dont nous sommes tous culturellement dotés. Les croyances qui découlent de cette imagination collective ne sont pas seulement sans fondement empirique: elles enlèvent systématiquement contrôle et crédibilité à ceux qui ne s'identifient pas à la culture dominante. Le fait que ces croyances sont insidieuses est encore plus inquiétant car elles sont considérées comme admises et sont donc pratiquement impérieuses pour le juge des faits qui s'est empreint de notre culture. . . .

En fait, les exemples utilisés par les avocats de la défense, les universitaires et les juges pour illustrer les cas où la preuve du comportement sexuel antérieur serait très «pertinente» ressemblent [...] à des «vignettes pornographiques» [...] Ces faits hypothétiques influent sur les suppositions internes au sujet de ce que les femmes veulent réellement et de ce que les hommes souhaitent comme scénarios sexuels [...] Ils soulèvent des réactions fort émitives qui n'ont aucun rapport avec la «vérité» et réveillent en nous les pires instincts. [Notes en bas de page omises.] [Je souligne.]

Je suis également entièrement d'accord avec les préentions de l'intervenante, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres, aux pp. 17 et 18 de son mémoire:

[TRADUCTION] ... dans toutes les situations hypothétiques mentionnées dans le mémoire des appelaits, la preuve concernant le comportement sexuel ou la réputation sexuelle ou les deux soit est totalement non pertinente, admissible en vertu des exceptions prévues à l'art. 276, soit encore possède une valeur probante très faible et porte considérablement préjudice aux intérêts de l'administration de la justice. . . [Je souligne.]

Je résisterai donc autant que possible au désir d'entreprendre une polémique à ce niveau et me limiterai à une analyse peut-être plus générale de l'effet de ces dispositions.

Comme je l'ai déjà mentionné, un bon nombre des exemples donnés par ceux qui contestent ces dispositions sont fondés sur une appréciation erronée de la portée des exceptions; à cet égard, certaines décisions antérieures déclarant ces dispositions inopérantes sont, malheureusement, entachées de la même erreur. Dans les arrêts *R. v. Coombs* (1985), 23 C.C.C. (3d) 356 (C.S. 1<sup>re</sup> inst. T.-N.), et *R. v. Oquataq*, précité, la défense désirait présenter une preuve sur le comportement sexuel antérieur en réponse à la preuve de blessures subies par la plaignante, présentée par le

*Coombs, supra*, the trial judge held that the evidence was not admissible under the legislation and, as such evidence was relevant and necessary for the accused to make full answer and defence, the provisions excluding it were unconstitutional. In *Oquataq, supra*, the same type of evidence was also held to be inadmissible under subs. (1)(a) with the same constitutional result. Many of the examples offered by the appellants of "relevant" evidence that is excluded by s. 276 suffer from a similar misapprehension.

ministère public. Dans les deux cas, ces preuves auraient été admissibles en vertu de l'art. 276. Dans l'arrêt *Coombs*, précité, le juge du procès a statué que cette preuve n'était pas admissible en vertu de la disposition et, comme cette preuve était pertinente et nécessaire pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière, que les dispositions l'excluant étaient inconstitutionnelles. Dans l'arrêt *Oquataq*, précité, le même genre de preuve a aussi été jugé inadmissible en vertu de l'al. (1)a), entraînant ainsi le même résultat sur le plan constitutionnel. De nombreux exemples de preuve «pertinente» exclue par l'art. 276, présentés par les appellants, ont donné lieu à la même interprétation erronée.

I will now turn my attention specifically to the categories of relevant evidence that the appellants suggest are excluded by the provision. I will discuss only those categories that are commonly referred to in the literature. I will consider the possible ramifications of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* subsequent to this discussion.

Many argue that the most convincing support for the argument that the provision is drawn too narrowly is provided by so-called "similar fact evidence", or "pattern of conduct evidence", i.e., that the complainant has had consensual sexual relations in circumstances that look an awful lot like those supporting the assault allegation and, hence, such evidence is probative of consent. I am of the firm opinion that such evidence is almost invariably irrelevant and, in any event, is nothing more than a prohibited propensity argument, besides being highly prejudicial to the integrity and fairness of the trial process.

J'examinerai maintenant plus particulièrement les catégories de preuve pertinente qui, selon les préentions des appellants, sont exclues par la disposition. Je me pencherai seulement sur les catégories fréquemment mentionnées dans la doctrine. J'analyserai ensuite les ramifications possibles de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Plusieurs prétendent que l'argument le plus convaincant à l'appui de la thèse que la disposition est rédigée en termes trop étroits provient de ce qu'on appelle la «preuve de faits similaires» ou «preuve d'un mode de comportement», c'est-à-dire que la plaignante a consenti à des rapports sexuels dans des circonstances qui ressemblent beaucoup à celles entourant la perpétration de l'agression alléguée et que cette preuve servirait à établir le consentement. Je suis fermement d'avis que cette preuve est presque toujours non pertinente et que, de toute façon, elle ne constitue rien de plus qu'un argument interdit quant à la propension d'une personne, en plus de porter un préjudice considérable à l'intégrité et à l'équité du procès.

Such arguments depend for their vitality on the notion that women consent to sex based upon such extraneous considerations as the location of the act, the race, age or profession of the alleged assaulter and/or considerations of the nature of the sexual act engaged in. Though it feels somewhat odd to have to state this next proposition explicitly, consent is to a person and not to a circumstance. The use of the words "pattern" and "similar fact" deny this reality. Such arguments are implicitly based upon the notion

La force de ces arguments est liée à la notion que les femmes consentent à avoir des rapports sexuels, selon des considérations accessoires comme l'endroit, la race, l'âge ou la profession du présumé agresseur ou d'autres éléments comme la nature de l'acte sexuel. Bien qu'il paraisse quelque peu bizarre de devoir énoncer explicitement cette proposition, le consentement se rattache à la personne et non à une circonstance. L'utilisation des expressions «mode de comportement» ou «faits similaires» ne tient pas

that women will, in the right circumstances, consent to anyone and, more fundamentally, that "unchaste" women have a propensity to consent. While my colleague suggests that this proposition is "now discredited" (at p. 604), and "[has] no place in a rational and just system of law" (at p. 630), she nevertheless concludes that the exclusion of "pattern" evidence is unconstitutional. In my view, the mythical bases of these arguments deny their relevance.

<sup>a</sup> compte de cette réalité. Ces arguments se fondent implicitement sur la notion que les femmes, dans les circonstances appropriées, donneront leur consentement à quiconque et, plus fondamentalement, que les femmes de «mœurs faciles» auront une propension à consentir. Bien que ma collègue prétende que cette proposition est «maintenant disparue[e]» (à la p. 604) et «ne saurait exister à l'intérieur d'un système juridique rationnel et juste» (à la p. 630), elle conclut néanmoins que l'exclusion de la preuve sur le «mode de comportement» est inconstitutionnelle. À mon avis, comme ces arguments reposent sur l'existence de mythes, ils ne sauraient être pertinents.

<sup>b</sup> Although Galvin, *supra*, comes to what is, in my opinion, an erroneous conclusion, namely that "pattern" evidence may be relevant if it is narrowly confined, she nevertheless accurately discusses the problems inherent in this type of evidence. She states at p. 834:

In the context of a trial for rape, evidence that the complainant previously slept with rock stars or with men she met in singles' bars could only be used to show her propensity to consent in such circumstances; her identity is not a disputed issue. The . . . "common plan or scheme" exception to the propensity rule is similarly inapplicable in this context, because a complainant's pattern of similar sexual encounters can hardly be said to occur as the result of a pre-existing plan or scheme on her part. Moreover, as with all propensity evidence, the danger of jury prejudice is high; the complainant may be viewed as a "loose" woman who "got what she deserved," irrespective of her behavior on this particular occasion.

<sup>c</sup> Bien que Galvin, précité, arrive à une conclusion qui, à mon avis, est erronée, soit que la preuve d'un «mode de comportement» peut être pertinente si elle est interprétée restrictivement, elle analyse néanmoins avec précision les problèmes inhérents à ce type de preuve. Elle dit à la p. 834:

<sup>d</sup> [TRADUCTION] Dans le contexte d'un procès pour viol, la preuve que la plaignante a déjà couché avec des vedettes du rock ou avec des hommes qu'elle a rencontrés dans des bars pour célibataires ne pourrait qu'établir sa propension à consentir aux rapports sexuels dans ce genre de circonstances; son identité n'est pas une question en litige. L'exception [...] de «plan ou projet commun» à la règle de la propension n'est pas non plus applicable dans ce contexte parce que l'on ne saurait vraisemblablement affirmer que la tendance aux rencontres sexuelles similaires est le fruit d'un plan ou d'un projet établi au préalable par la plaignante. Par ailleurs, comme pour toutes les preuves de propension, le risque de préjugé de la part du jury est élevé; en effet, il pourrait être d'avis que la plaignante est une femme «facile» qui «mérite ce qui lui est arrivé», quel que fût son comportement lors de l'occasion en question.

<sup>e</sup> Furthermore, if there is any evidence of this nature that has any legitimate claim to relevance, and this is already a highly dubious proposition, it is amply covered by the fact that previous sexual contact between the accused and the complainant is admissible under the provision.

<sup>f</sup> Par ailleurs, si une preuve de cette nature peut en toute légitimité prétendre à la pertinence, ce qui est déjà une proposition fort contestable en soi, elle se trouve amplement visée par le fait que la preuve de rapports sexuels antérieurs entre l'accusé et la plaignante est admissible en vertu de cette disposition.

<sup>g</sup> Another argument often used in an attempt to get "pattern" or "propensity" evidence admitted is to call the behaviour "habitual". Borrowing from *McCor-*

<sup>j</sup> Un autre argument souvent avancé a trait au comportement «habituel» afin de tenter de faire admettre une preuve relative au «mode de comportement» ou à

*mick on Evidence* (3rd ed. 1984), § 195 at pp. 574-75 (quoted in Galvin, *supra*, at p. 778):

Habit . . . is more specific [than character]. It denotes one's regular response to a repeated situation. . . . Thus, a person may be in the habit of bounding down a certain stairway two or three steps at a time, of patronizing a particular pub after each day's work, or of driving his automobile without using a seatbelt. [Footnotes omitted.]

It is impossible, in my view, to draw an analogy between this behaviour and volitional sexual conduct. The rationale underlying the admissibility of habit evidence has no application in this context.

A similar argument, often made in support of the contention that prior sexual history is relevant and admissible but excluded by the provision, is based upon an extension of the Ontario Court of Appeal's reasoning in *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481. In that case the Court of Appeal held at p. 492 that:

Obviously, evidence of previous acts of violence by the deceased, not known to the accused, is not relevant to show the reasonableness of the accused's apprehension of an impending attack. However, there is impressive support for the proposition that, where self-defence is raised, evidence of the deceased's character (*i.e.*, disposition) for violence is admissible to show the probability of the deceased having been the aggressor and to support the accused's evidence that he was attacked by the deceased. [Emphasis added.]

Assuming that the Ontario Court of Appeal is correct in its analysis and assuming that such an analysis applies generally, adopting such an argument in the context of this case would lend support to the stereotypical proposition that "unchaste" women have a propensity to consent. I must also confess an inability to grasp how violent behaviour and consensual sexual behaviour are at all analogous. Furthermore, a history of violent conduct is less likely to trigger the invocation of stereotype about the person who engages in

la «propension». À cet égard, je cite *McCormick on Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1984), § 195, aux pp. 574 et 575 (cité dans Galvin, précité, à la p. 778):

a [TRADUCTION] L'habitude [...] est plus spécifique [que la moralité]. Elle dénote une réponse habituelle à une situation répétée [...] Par exemple, une personne peut avoir l'habitude de descendre un escalier en sautant deux ou trois marches à la fois, de se rendre dans un bar particulier chaque jour après le travail ou de conduire son automobile sans porter sa ceinture de sécurité. [Notes en bas de page omises.]

À mon avis, il est impossible d'établir une analogie entre ce comportement et un comportement sexuel dépendant de la volonté. La justification à la base de l'admissibilité de la preuve d'un comportement «habituel» ne saurait être appliquée dans ce contexte.

Un argument similaire, souvent invoqué à l'appui de la prétention que la preuve sur le comportement sexuel antérieur est pertinente et admissible, mais exclue par la disposition, est fondée sur une interprétation large du raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Scopelliti* (1981), 63 C.C.C. (2d) 481. Dans cette affaire, la Cour d'appel a statué à la p. 492:

f [TRADUCTION] De toute évidence, la preuve des actes antérieurs de violence commis par le défunt, que ne connaissait pas l'accusé, n'est pas pertinente pour illustrer le caractère raisonnable de la crainte d'une attaque imminente chez l'accusé. Toutefois, il existe un appui marquant en faveur de la proposition selon laquelle, g dans le cas où une question de légitime défense est soulevée, la preuve du tempérament violent de l'accusé (la disposition) est admissible pour illustrer la probabilité que le défunt aurait pu être l'agresseur et soutenir le témoignage de l'accusé qu'il a été attaqué par le défunt.

h [Je souligne.]

j Présument que l'analyse de la Cour d'appel de l'Ontario est correcte et que cette analyse s'applique de façon générale, l'adoption de cet argument dans le présent contexte viendrait appuyer la proposition fondée sur le stéréotype que les femmes de «mœurs faciles» ont une propension à consentir. Je dois admettre que j'ai de la difficulté à saisir comment un comportement violent et un comportement sexuel entre personnes consentantes soient analogues. Par ailleurs, des antécédents de conduite violente sont

such behaviour. Even so, it is interesting to note that the admissibility of evidence of the deceased's propensity for violence in trials for murder is a matter of some controversy as there is great danger that such evidence may be misused by jurors to improperly blame the deceased. (See McCormick, *supra*, at pp. 571-73, quoted in Galvin, *supra*, at p. 782.) For all of these reasons, the rule in *Scopelliti*, *supra*, is of no avail in the present context.

<sup>a</sup><sup>b</sup><sup>d</sup><sup>f</sup><sup>g</sup><sup>i</sup>

moins susceptibles de soulever des stéréotypes au sujet de l'auteur d'un tel comportement. Quand même, il est intéressant de constater que l'admissibilité de la preuve de la propension du défunt à la violence dans les procès pour meurtre soulève une certaine controverse puisqu'il est fort risqué que les jurés fassent une utilisation erronée de cette preuve pour blâmer à tort le défunt. (Voir McCormick, précité, aux pp. 571 à 573, cité dans Galvin, précité, à la p. 782.) Pour tous ces motifs, la règle établie dans l'arrêt *Scopelliti*, précité, ne saurait recevoir application dans le présent contexte.

Une seconde catégorie de preuve dite pertinente est souvent présentée comme démontrant de façon concluante la faiblesse de cette disposition; il s'agit de la preuve d'une croyance erronée au consentement. De nouveau, je suis fermement d'avis que la disposition contestée en l'espèce n'entraîne pas l'exclusion d'une preuve pertinente relative à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Bien qu'au Canada la défense en est une de croyance sincère et non de croyance raisonnable, l'exception prévue à l'al. (1)c) laisse amplement place à ce moyen de défense. Dans l'arrêt *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, notre Cour a examiné l'effet du par. 244(4) (maintenant le par. 265(4)), qui codifie cette défense, sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement que nous avons énoncée dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120. Pour plus de clarté, je reproduis ce paragraphe:

**265. . .**

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

Notre Cour a conclu que la défense énoncée dans «*Pappajohn*» n'a pas été modifiée par le législateur. Bien que l'on puisse alors se demander pourquoi le Parlement a inclus cette défense dans l'ensemble de

**265. . .**

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

This Court concluded that the “*Pappajohn*” defence had not been legislatively altered. While one may then wonder why Parliament included the codification of this defence in its package of reforms, the

decision of this Court in *Bulmer, supra*, does not force the conclusion that subs. (1)(c) of s. 276 excludes relevant evidence. McIntyre J., for the majority in *Bulmer, supra*, held at pp. 790-91 that before the defence of honest but mistaken belief can be put to the jury, the trial judge must conclude that there is an "air of reality" to the defence:

b There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. . . . The question he [the trial judge] must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? . . .

When the defence of mistake of fact—or for that matter any other defence—is raised, two distinct steps are involved. The first step for the trial judge is to decide if the defence should be put to the jury. It is on this question, as I have said, that the "air of reality" test is applied.

Further, when the trier of fact turns his or her mind to the issue of whether the belief was honestly held, McIntyre J. stated at p. 792:

This section [s. 244(4), now s. 265(4)], in my view, does not change the law as applied in *Pappajohn*. It does not require that the mistaken belief be reasonable or reasonably held. It simply makes it clear that in determining the issue of the honesty of the asserted belief, the presence or absence of reasonable grounds for the belief are relevant factors for the jury's consideration.

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

ses réformes, la décision de notre Cour dans l'arrêt *Bulmer*, précité, n'emporte pas la conclusion que l'al. 276(1)c exclut des preuves pertinentes. Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Bulmer*, précité, a statué aux pp. 790 et 791 qu'avant que le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement puisse être soumis au jury, le juge du procès doit conclure que la défense possède une «apparence de vraisemblance»:

c Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire [ . . . ] La question à laquelle il [le juge du procès] doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable? . . .

d Lorsque la défense d'erreur de fait, ou d'ailleurs tout autre moyen de défense, est soulevée, deux étapes distinctes doivent être franchies. La première étape exige que le juge du procès décide si le moyen de défense devrait être soumis au jury. C'est à l'égard de cette question, comme je l'ai déjà dit, que le critère de l'«apparence de vraisemblance» s'applique.

e En outre, lorsque le juge des faits passe à l'examen de la question de la croyance sincère le juge McIntyre affirme à la p. 792:

f Cet article [par. 244(4), maintenant le par. 265(4)], à mon avis, ne modifie pas le droit appliqué dans l'arrêt *Pappajohn*. Il n'exige pas que la croyance erronée soit raisonnable ou jugée raisonnable. Il établit simplement de manière précise que, dans l'examen de la question de la sincérité de la croyance, la présence ou l'absence de motifs raisonnables à l'appui de cette croyance sont des facteurs pertinents que le jury doit prendre en considération.

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

Evidence of prior acts of prostitution or allegations of prostitution are properly excluded by the provision. In my opinion, this evidence is never relevant and, besides its irrelevance, is hugely prejudicial. I vehemently disagree with the assertion of the appellant Seaboyer that "a prostitute is generally more willing to consent to sexual intercourse and is less credible as a witness because of that mode of life" (at p. 21 of his factum, quoting the Federal/Provincial Task Force, *supra*). Nor do I particularly understand the phenomenon whereby many complainants in sexual assault cases are asked if they are prostitutes. (See for example, Z. Adler, "The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation", [1985] *Crim. L.R.* 769, at p. 778.)

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

As I stated at the outset, the evidence which is excluded by the provision is simply irrelevant. It is based upon discriminatory beliefs about women and sexual assault. In addition, the impugned provision provides wide avenues for the introduction of sexual history evidence that is relevant. Paradoxically, some of the exceptions may be cast overly broadly with the unfortunate result that a large body of evidence may

<sup>a</sup> La disposition exclut avec raison toute preuve d'actes antérieurs de prostitution ou d'allégations de prostitution. À mon avis, cette preuve n'est jamais pertinente et, en plus, est très préjudiciable. Je m'inscris en faux contre la prétention de l'appelant Seaboyer que «la plupart des prostituées consentent plus facilement à avoir des rapports sexuels et sont des témoins moins dignes de foi à cause de leur mode de vie», (à la p. 21 de son mémoire où il cite le Groupe de travail fédéral-provincial, précité.) Je ne comprends pas bien non plus le phénomène selon lequel on demande à un grand nombre de plaignantes, dans les affaires d'agression sexuelle, si elles sont des prostituées. (Voir par exemple, Z. Adler, «The Relevance of Sexual History Evidence in Rape: Problems of Subjective Interpretation», [1985] *Crim. L.R.* 769, à la p. 778.)

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

<sup>i</sup> Comme je l'ai mentionné au début, la preuve qui est exclue par la disposition est simplement non pertinente. Elle est fondée sur des croyances discriminatoires sur les femmes et l'agression sexuelle. En outre, la disposition attaquée offre de grandes possibilités de présenter une preuve de comportement sexuel qui soit pertinente. Paradoxalement, certaines des exceptions peuvent être libellées en termes trop larges, ce qui entraîne le résultat malheureux qu'un grand nombre de preuves pourraient bien être admis-

still be improperly admitted on the basis of specious relevancy claims.

If I am wrong in concluding that no relevant sexual history evidence is excluded by the contested provision, I am of the view that such exclusion is proper due to its extremely prejudicial effect on the trial of the legal issues.

In *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, this Court discussed the notion of relevance. Lamer J. (as he then was) discussed at p. 201 the nature of the concept and circumstances where, though relevant, evidence may nonetheless be excluded:

Thayer's statement of the law which is still the law in Canada, was as follows:

(1) that nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved; and (2) that everything which is thus probative should come in, unless a clear ground of policy or law excludes it.

To this general statement should be added the discretionary power judges exercise to exclude logically relevant evidence

... as being of too slight a significance, or as having too conjectural and remote a connection; others, as being dangerous, in their effect on the jury, and likely to be misused or overestimated by that body; others, as being impolitic, or unsafe on public grounds; others, on the bare ground of precedent. It is this sort of thing . . . the rejection on one or another practical ground, of what is really probative,—which is the characteristic thing in the law of evidence; stamping it as the child of the jury system. [Footnotes omitted.] [Emphasis added.]

Significant for our purposes is the long-recognized discretion in the trial judge to exclude otherwise relevant evidence. Hence, a determination that something is relevant does not answer the further question whether, regardless of its relevance, there exists some rule or policy consideration that nevertheless mandates exclusion of the proffered evidence. Thus, *Cross on Evidence, supra*, at p. 60, quoting Wigmore,

ses à tort sur la base d'allégations spécieuses de pertinence.

Si j'ai tort de conclure que la disposition attaquée <sup>a</sup> n'exclut pas de preuve pertinente sur le comportement sexuel, je suis d'avis que, s'il y a exclusion, c'est à juste titre compte tenu de l'effet extrêmement préjudiciable de cette preuve sur le déroulement du procès concernant les questions juridiques.

Dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, notre Cour a analysé la notion de la pertinence. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) examine à la p. 201 la nature du concept ainsi que les circonstances où une preuve, quoique pertinente, pourrait néanmoins être exclue:

Le principe de droit qui s'applique encore au Canada a été ainsi formulé par Thayer:

[TRADUCTION] (1) que rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait qui doit être prouvé; et (2) que tout ce qui constitue une telle preuve doit être admis, à moins qu'un motif de principe ou de droit n'entraîne manifestement son exclusion.

À cette déclaration générale doit être ajouté le pouvoir discrétionnaire qu'ont les juges d'exclure certains éléments de preuve logiquement pertinents:

[TRADUCTION] ... à cause de leur trop faible importance ou en raison de leur lien excessivement conjectural et indirect; d'autres, à cause de leur effet dangereux sur le jury qui est susceptible d'en faire un mauvais usage ou d'en surestimer la valeur; d'autres encore parce qu'ils sont impolitiques ou hasardeux pour des raisons d'intérêt public; d'autres simplement par l'application d'un précédent [...] c'est ce genre de chose—le rejet, pour un motif quelconque d'ordre pratique, de ce qui a une véritable valeur probante—qui caractérise le droit de la preuve et qui en fait le fruit du système de jurys. [Notes en bas de page omises.] [Je souligne.]

Il est significatif dans notre contexte que le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire reconnu depuis longtemps d'exclure une preuve normalement pertinente. Par conséquent, la détermination qu'une preuve est pertinente ne permet pas de répondre à l'autre question, soit s'il existe, quelle que soit la pertinence de la preuve, une règle ou une considération de principe qui, néanmoins, exige l'exclusion de la

observes that, “[a]dmissibility signifies that the particular fact is relevant and something more,—that it has also satisfied all the auxiliary tests and extrinsic policies.” Indeed, highly relevant evidence that could greatly benefit the cause of the accused may, in our legal system as it presently exists, be excluded as may evidence that could assist in the judicial “search for truth”. Though generally stated, more notable examples of relevant though excluded evidence include: hearsay, opinion, character, conduct on other occasions, the collateral fact rule which treats answers given by witnesses to questions involving collateral facts as final, privilege against self-incrimination, evidence obtained in a manner violating a right or freedom guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, lawyer-client privilege and other professional relationships that may from time to time be accorded a similar privilege (for a fuller discussion of this type of privilege see S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3rd ed. 1988), vol. 2, at p. 1010), communication between spouses, government information whose disclosure would be “injurious to the public interest”, etc.

There are many reasons why relevant evidence may be excluded and such exclusions play a significant and important role in the traditional law of evidence. Some evidence is excluded in order to protect values that our society holds dear. Other evidence may be excluded because of its inherent unreliability. As well, evidence will be excluded if it distorts rather than enhances the search for truth. McCormick, *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2nd ed. 1972) at pp. 439-40, quoted in J. A. Tanford and A. J. Bocchino, “Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment” (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544, at p. 569, sets out four reasons for the exclusion of this latter type of “prejudicial” evidence:

First, the danger that the facts offered may unduly arouse the jury’s emotions of prejudice, hostility or sympathy. Second, the probability that the proof and the answering evidence that it provokes may create a side

preuve présentée. Ainsi, *Cross on Evidence*, précité, à la p. 60, citant Wigmore, observe que [TRADUCTION] «[l’]admissibilité signifie que le fait donné est pertinent et en outre—qu’il répond aussi à tous les critères accessoires et à toutes les politiques extrinsèques.» En fait, une preuve fort pertinente susceptible de favoriser grandement l’accusé pourrait bien, à l’intérieur de notre système juridique actuel, être exclue tout comme une preuve susceptible de contribuer à la «découverte de la vérité» par le juge. Quoique énoncés d’une façon générale, des exemples mieux connus de preuves pertinentes qui seront exclues incluent: le oui-dire, le témoignage d’opinion, la moralité, la conduite à d’autres occasions, la règle relative aux faits incidents qui traite comme finales les réponses données par des témoins à des questions concernant des faits incidents, le privilège de ne pas s’incriminer, une preuve obtenue d’une manière qui viole un droit ou une liberté garanti par la *Charte canadienne des droits et libertés*, le privilège du secret professionnel de l’avocat et d’autres rapports professionnels susceptibles de bénéficier à l’occasion d’un privilège similaire (pour un examen plus approfondi de ce type de privilège, voir S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3<sup>e</sup> éd. 1988), vol. 2, à la p. 1010), les communications entre conjoints, les renseignements gouvernementaux dont la divulgation porterait «atteinte à l’intérêt public» etc.

Il existe de nombreux motifs pour lesquels une preuve pertinente peut être exclue, et ces exclusions jouent un rôle significatif et important dans l’application des règles traditionnelles en matière de preuve. Certaines preuves sont exclues pour la protection de valeurs qui sont chères à notre société. D’autres peuvent l’être parce qu’elles sont peu fiables en soi. D’autres enfin le seront si elles dénaturent la recherche de la vérité au lieu de la favoriser. McCormick, *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2<sup>e</sup> éd. 1972), aux pp. 439 et 440, cité dans J. A. Tanford et A. J. Bocchino, «Rape Victim Shield Laws and the Sixth Amendment» (1980), 128 *U. Pa. L. Rev.* 544, à la p. 569, énonce quatre raisons d’exclure ce type de preuve «préjudiciable»:

[TRADUCTION] Premièrement, le danger que les faits présentés soulèvent indûment chez le jury des sentiments de préjudice, d’hostilité ou de sympathie. Deuxièmement, la possibilité que la preuve et la contre-preuve

issue that will unduly distract the jury from the main issues. Third, the likelihood that the evidence offered and the counter proof will consume an undue amount of time. Fourth, the danger of unfair surprise to the opponent when, having no reasonable ground to anticipate this development of the proof, he would be unprepared to meet it.

Any of these four reasons would seem to encompass evidence of prior sexual activity. As La Forest J. (dissenting on other grounds) put it in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 714:

The organizing principles of the law of evidence may be simply stated. All relevant evidence is admissible, subject to a discretion to exclude matters that may unduly prejudice, mislead or confuse the trier of fact, take up too much time, or that should otherwise be excluded on clear grounds of law or policy.

As I discussed at the outset, this type of evidence has a significant distorting effect at trial as such evidence "arouses [the jury's] sense of horror, provokes its instinct to punish, or triggers other mainsprings of human action", J. Weinstein and M. Berger, *Weinstein's Evidence* (1976), quoted in Ordover, *supra*, at p. 108. Such evidence allows stereotype and myth to enter into the equation and sidetracks the search for the truth. Such evidence invites a result more in accord with stereotype than truth:

Defence counsel in rape cases have also used victim history evidence in an effort to suggest that the rape victim "got what she deserved". The truth of what happened becomes concealed by antipathy towards the victim, and belief systems which locate the "fault" in the victim, regardless of the manner in which the offence occurred. The fact that such evidence has a powerful emotional impact upon triers of fact and can result in erroneous verdicts has been well-documented and acknowledged even by judges. [Footnotes omitted.] [Emphasis added.]

soulèvent une question accessoire susceptible de détourner l'attention du jury des principales questions en litige. Troisièmement, le risque que la présentation de la preuve et de la contre-preuve occupe trop de temps. Quatrièmement, le danger que la preuve présentée surprenne l'adversaire qui, n'ayant aucun motif raisonnable de la prévoir, ne serait pas en mesure de la réfuter.

b Chacune de ces quatre raisons semble englober la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. Comme l'indique le juge La Forest (dissident pour d'autres motifs) dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 714:

c Les principes fondamentaux du droit de la preuve peuvent être formulés simplement. Tout élément de preuve pertinent est admissible, sous réserve du pouvoir discrétionnaire d'exclure tout ce qui risque de causer un préjudice indu, d'induire en erreur ou d'embrouiller le juge des faits, de prolonger démesurément les procédures, ou ce qui devrait par ailleurs être exclu pour des motifs clairs de droit ou de principe.

e f Comme je l'ai mentionné au départ, ce type de preuve possède un effet dénaturant important au procès puisqu'elle [TRADUCTION] «soulève [chez le jury] un sentiment d'horreur, provoque chez lui un instinct de punition ou déclenche d'autres réactions de comportement humain», J. Weinstein et M. Berger, *Weinstein's Evidence* (1976), cité dans Ordover, précité, à la p. 108. Cette preuve permet d'introduire des stéréotypes et des mythes dans l'équation et de s'écartier de la recherche de la vérité. Elle donne lieu g à un résultat plus compatible avec les stéréotypes qu'avec la vérité:

h i [TRADUCTION] Les avocats de la défense dans les affaires de viol ont également utilisé la preuve du comportement de la victime pour tenter de laisser entendre que la victime du viol a «eu ce qu'elle méritait». La véritable situation devient dissimulée par l'antipathie envers la victime et les systèmes de croyance qui attribuent la «faute» à la victime, quelle que soit la façon dont a été perpétrée l'infraction. Le fait que cette preuve a une incidence émotionnelle importante sur les juges des faits et peut donner lieu à un verdict erroné est bien documenté et reconnu même par les juges. [Notes en bas de page omises.][Je souligne.]

Rather than negatively affecting decisions of guilt and innocence, the exclusion of evidence of sexual history rationalizes such determinations. The discussion at the outset of these reasons conclusively demonstrated that sexual history evidence preempts considered decision making. The words of Catton, *supra*, at p. 173 quoted earlier, bear repeating:

Any information at all implying that the victim had a prior sex history had the effect of reducing the perceived guilt of the accused regardless of whether this information was verified.

The guilt or innocence determination is transformed into an assessment of whether or not the complainant should be protected by the law of sexual assault. In my view, it is indisputable that this evidence has such a prejudicial effect. Many a defence lawyer knows the effect of such evidence and thus strives to get it admitted. Indeed, during debate in the House of Commons regarding the first effort of Parliament to rationalize this area of law, one member, Mr. Jarvis, commented:

The myth is that a "bad woman" is incapable of being raped. . . We have to deal with the myth that the credibility of a "bad woman" is immediately in question. I was never sure what that phrase meant. As a lawyer, all I knew was that it was of benefit to hurl as much dirt as possible in the direction of such a woman, hoping that some of it would stick and that the jury would disbelieve what she said. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, November 19, 1975, at p. 9252.)

If, indeed, we are searching for the truth, such a result is repugnant and that which produces it properly inadmissible.

### The Constitutional Questions

For convenience I will reproduce the sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* relevant to the disposition of these appeals:

Plutôt que d'avoir une incidence négative sur la culpabilité et l'innocence, l'exclusion de la preuve d'un comportement sexuel rationalise ce genre de détermination. Mon analyse au début de mon opinion démontre de façon concluante que la preuve sur le comportement sexuel antérieur empêche une prise de décision réfléchie. Il vaut la peine de citer de nouveau les propos de Catton, précité, à la p. 173:

b [TRADUCTION] Tout renseignement laissant sous-entendre un comportement sexuel antérieur de la victime avait pour effet d'affaiblir la perception que les jurés avaient de la culpabilité de l'accusé, que ces renseignements aient été confirmés ou non.

c La détermination de la culpabilité ou de l'innocence est transformée en une évaluation visant à déterminer si la plaignante devrait bénéficier de la protection des dispositions relatives à l'agression sexuelle. À mon avis, il est incontestable que cette preuve a ce genre d'effet préjudiciable. Un grand nombre d'avocats de la défense connaissent l'effet de ce genre de preuve et font tout leur possible pour la faire admettre. En fait, au cours du débat à la Chambre des communes entourant le premier effort du Parlement pour rationaliser le droit dans ce domaine, un député, M. Jarvis a fait les commentaires suivants:

f . . . on semble croire impossible qu'une «femme» de mauvaise réputation soit violée . . . Nous avons aussi à détruire le mythe voulant que la parole d'une «femme» de mauvaise réputation soit immédiatement suspecte. Je n'ai jamais compris ce que cela voulait dire. En tant qu'avocat, tout ce que je savais c'est qu'il était avantageux de lancer autant de boue que possible à une telle femme dans l'espoir qu'il y en aurait un peu qui colleraient et que le jury ne la croirait pas. [Je souligne.]

g (*Débats de la Chambre des communes*, le 19 novembre 1975, à la p. 9252.)

i Si nous sommes réellement à la recherche de la vérité, ce résultat est répugnant et la preuve qui l'entraîne est à bon droit inadmissible.

### Les questions constitutionnelles

j Par souci de commodité, je reproduis les articles de la *Charte canadienne des droits et libertés* pertinents pour disposer des présents pourvois:

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;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

28. Notwithstanding anything in this Charter, the rights and freedoms referred to in it are guaranteed equally to male and female persons.

In discussing the constitutional questions I will treat s. 11(d) as a particular manifestation of s. 7 principles of fundamental justice, hence an independent analysis will be unnecessary. Moreover, since I agree with my colleague Justice McLachlin that s. 277 is constitutional, I will restrict this discussion to s. 276.

It is my view that neither "fairness" nor "the principles of fundamental justice" mandate the constitutional invalidity of s. 276. Rather, in order to achieve fairness and to conduct trials in accordance with fundamental tenets of criminal law, this provision must be upheld in all of its vigour. The words of C. Boyle, "Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?", *supra*, at p. 265, provide an appropriate introduction to these issues:

There has been an unfortunate tendency to compare the rights of the accused and the witness and to view any amelioration in the position of the witness as needing some balance. Yet the issue is really one of promoting convictions of guilty persons and not clouding the issue with evidence of collateral issues which may tend to prejudice the trier of fact. This is a serious matter of

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;

15. (1) La loi ne fait acceptation de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

28. Indépendamment des autres dispositions de la présente charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes.

Dans l'analyse des questions constitutionnelles, je considérerai l'al. 11d) comme un exemple des principes de justice fondamentale mentionnés à l'art. 7; je n'aurai donc pas à analyser séparément ces deux dispositions. Par ailleurs, puisque je souscris à l'opinion exprimée par ma collègue le juge McLachlin que l'art. 277 est constitutionnel, je limiterai mon analyse à l'art. 276.

À mon avis, ni la notion d'«équité» ni les «principes de justice fondamentale» ne justifient de déclarer inconstitutionnel l'art. 276. Il faut plutôt confirmer cette disposition dans toute sa vigueur pour réaliser l'équité et assurer le déroulement des procès conformément aux préceptes fondamentaux du droit pénal. Les propos de C. Boyle, «Section 142 of the Criminal Code: A Trojan Horse?», précité, à la p. 265, offrent une introduction appropriée à l'examen de ces questions:

[TRADUCTION] Il y a eu une tendance regrettable à comparer les droits de l'accusé et ceux du témoin et à considérer que toute amélioration apportée à la situation du témoin devait être contrebalancée. Toutefois, ce dont il s'agit réellement c'est de favoriser la déclaration de culpabilité des personnes coupables et non pas d'embrouiller les choses par des preuves sur des questions

public interest, not a battle between feminists and defence lawyers. [Emphasis added.]

The constitutional question posed by the present case is whether, notwithstanding the already established irrelevance and/or prejudicial nature of the evidence excluded by the impugned provision, an accused, nevertheless, has a constitutional right to adduce such evidence. On my view of the scope of these constitutional guarantees, this question must be answered with a resounding and compelling no.

It is noncontroversial to state that an accused does not have a constitutional right to adduce irrelevant evidence. To the extent that much, if not all, of the evidence excluded by the provision at issue here is irrelevant, there is no constitutional issue. Nor, in my view, does an accused have the right under the *Charter*, whether under the rubric of a right to a fair trial or the right to make full answer and defence, to adduce evidence that prejudices and distorts the fact-finding process at trial. As a corollary, neither do notions of a "fair trial" or "full answer and defence" recognize a right in the accused to adduce any evidence that may lead to an acquittal. Such propositions cast ss. 7 and 11(d) in an extremely narrow fashion and deny meaningful content to notions of "fairness" and "principles of fundamental justice". I agree with the criticism Sheehy, *supra*, at pp. 774-75, levels at such a narrow reading of the constitutional guarantees:

... the accused's "fairness" argument not only presumes that the evidence is objectively "relevant", but also that it can be used appropriately to ascertain the truth of what happened between the accused and the victim.... Predictably, victim vilification as a defence has had considerable success in cases where the victim history evidence can be used to invoke negative cultural stereotypes.

... [there is a] need for a realistic and intelligent effort to understand "fairness" as related to the concrete realities of the criminal process and the lives of the women

incidentes qui risquent de prévenir indûment le juge des faits. C'est là une question sérieuse d'ordre public, non pas une lutte entre les féministes et les avocats de la défense. [Je souligne.]

<sup>a</sup> La question constitutionnelle posée en l'espèce est de savoir si, malgré le fait qu'ait été établi le caractère non pertinent ou préjudiciable, ou les deux, de la preuve exclue par la disposition contestée, un accusé a néanmoins le droit constitutionnel de présenter une telle preuve. Selon ma perception de la portée de ces garanties constitutionnelles, il faut catégoriquement répondre par la négative à cette question.

<sup>b</sup> Il est incontestable qu'un accusé n'a pas un droit constitutionnel de présenter une preuve non pertinente. Dans la mesure où la majeure partie, sinon la totalité, de la preuve exclue par la disposition contestée en l'espèce n'est pas pertinente, il n'y a pas de question constitutionnelle. Par ailleurs, à mon avis, un accusé n'a pas non plus le droit en vertu de la *Charte*, que ce soit en invoquant le droit à un procès équitable ou le droit à une défense pleine et entière, de présenter une preuve qui entrave et dénature l'appréciation des faits au procès. Comme corollaire, les notions de «procès équitable» ou de «défense pleine et entière» ne reconnaissent pas non plus à l'accusé un droit de présenter toute preuve qui pourrait donner lieu à un acquittement. De telles propositions confèrent à l'art. 7 et à l'al. 11d) une interprétation très restrictive et enlèvent un contenu significatif aux notions d'«équité» et de «principes de justice fondamentale». Je suis d'accord avec la critique que Sheehy, précité, aux p. 774 et 775, fait de cette interprétation étroite des garanties constitutionnelles:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] ... l'argument d'«équité» invoqué par l'accusé laisse supposer non seulement que la preuve est objectivement «pertinente», mais aussi qu'elle peut être utilisée à juste titre pour découvrir la vérité sur ce qui s'est passé entre l'accusé et la victime [...] De toute évidence, la diffamation de la victime comme défense a eu un succès considérable dans les cas où la preuve sur le comportement de la victime peut être utilisée à l'appui de stéréotypes culturels négatifs.

<sup>j</sup> ... [il existe une] nécessité de faire un effort réaliste et intelligent pour comprendre l'«équité» par rapport aux réalités concrètes du processus pénal et à la vie des

and men implicated, rather than theoretical deprivations of *Charter* rights. [Emphasis added.]

This Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, held that the principles of fundamental justice are "found in the basic tenets of our legal system." As such, it is plain that the narrow propositions referred to above misconstrue the scope of ss. 7 and 11(d). Indeed, parameters developed at common law, which restrict admissibility, go further towards safeguarding fairness than does their absence. As La Forest J. proposed in *Corbett, supra*, at p. 744, "the principle of relevancy, helps to ensure that the trial is conducted fairly and that justice is done." Relevance along with other exclusionary rules developed at common law have had an important hand in shaping the notion of "fairness". Although I may disagree with his view of the relevance of evidence of past sexual history, I nevertheless agree with the argument of D. Haxton, "Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence" (1985), *Wis. L. Rev.* 1219, at pp. 1271-72, that:

The best method to determine whether admission is required by the Constitution is to apply the jurisdiction's standard rules of evidence to the proffered sexual conduct evidence. Because standard rules of evidence are premised on general principles developed over many years, exclusions of evidence under those rules are almost always constitutionally justified.

As the provision at issue here excludes only irrelevant or prejudicial evidence, it passes constitutional muster. The accused, on any meaningful and purposive interpretation of the rights involved, has no right to adduce it. Rather than "render[ing] the ordinary rules of evidence inapplicable . . . [and putting] an accused charged with sexual assault in a separate and worse position than persons charged with other serious crimes" (Brooke J.A. dissenting in part at the Court of Appeal, at pp. 310-11), the sections ensure that the ordinary rules of evidence are applied. Parlia-

femmes et des hommes concernés, plutôt qu'à des atteintes théoriques aux droits garantis par la *Charte*. [Je souligne.]

*a* Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a statué à la p. 503 que les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique.» Il est donc évident que les propositions étroites susmentionnées conduisent à une interprétation erronée de la portée de l'art. 7 et de l'al. 11d). En fait, les paramètres élaborés en common law, qui restreignent l'admissibilité de la preuve, visent davantage à protéger l'équité que ne le fait leur absence. Comme l'a proposé le juge La Forest dans l'arrêt *Corbett*, précité, à la p. 744 «le principe de la pertinence, contribue à assurer un procès équitable dans le cadre duquel justice est rendue.» La pertinence et les autres règles d'exclusion élaborées en common law ont grandement contribué à la détermination de la notion de l'«équité». Bien que je ne partage pas son opinion concernant la pertinence de la preuve relative au comportement sexuel antérieur, je suis néanmoins d'accord avec l'argument de D. Haxton, «Rape Shield Statutes: Constitutional Despite Unconstitutional Exclusions of Evidence» (1985), *Wis. L. Rev.* 1219, aux pp. 1271 et 1272:

*f* [TRADUCTION] La meilleure façon de déterminer si la Constitution exige l'admission d'une preuve est d'appliquer les règles de preuve habituelles du ressort à la preuve présentée sur le comportement sexuel. Puisque les règles de preuve habituelles reposent sur des principes généraux élaborés au cours de nombreuses années, les exclusions de preuve établies en vertu de ces règles sont presque toujours justifiées sur le plan constitutionnel.

*h* En l'espèce, puisque la disposition exclut seulement la preuve non pertinente ou préjudiciable, elle est acceptable du point de vue constitutionnel. Dans le cadre de toute interprétation significative et fondée sur l'objet des droits en question, l'accusé n'a pas le droit de présenter cette preuve. Plutôt que [TRADUCTION] «de rendre inapplicables les règles de preuve ordinaires [...] [et de mettre] la personne inculpée d'une agression sexuelle dans une situation distincte et pire que celle d'une personne accusée d'autres crimes graves» (le juge Brooke, dissident en partie,

ment has excluded no evidence that is not properly excluded both at common law and under the *Charter*.

en Cour d'appel, aux pp. 310 et 311), les articles visent à assurer l'application des règles de preuve ordinaires. Le législateur n'a écarté aucune preuve qui ne l'avait pas déjà été à juste titre par la common law et la *Charte*.

Furthermore, the ss. 7 and 11(d) rights of an accused protect, in my view, not only the accused's interest in adducing all exculpatory evidence but other interests as well:

En outre, les droits garantis à un accusé en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11d) protègent, à mon avis, non seulement l'intérêt de l'accusé de présenter toute preuve disculatoire mais aussi d'autres intérêts:

It is true that s. 11 of the *Charter* constitutionalizes the right of an accused and not that of the state to a fair trial before an impartial tribunal. But "fairness" implies, and in my view demands, consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise, the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser. [Emphasis added.]

Certes, l'art. 11 de la *Charte* consacre dans la Constitution le droit d'un accusé, et non pas celui de l'État, à un procès équitable devant un tribunal impartial. Mais «l'équité» implique, commande même à mon avis, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur. [Je souligne.]

(Reasons of La Forest J. (dissenting on other grounds) in *Corbett, supra*, at p. 745.)

(Motifs du juge La Forest (dissident pour d'autres motifs), dans l'arrêt *Corbett*, précité, à la p. 745.)

The proposition that s. 7 and s. 11 rights involve the consideration of interests outside of the confined interests of the accused has been endorsed by a majority of this Court in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199. In discussing the nature of the interests protected by s. 11(b) of the *Charter*, Cory J., for the majority, remarked at p. 1219:

La proposition que les droits garantis par les art. 7 et 11 comportent l'examen d'intérêts autres que ceux de l'accusé a été acceptée par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199. Dans l'analyse de la nature des intérêts protégés par l'al. 11b) de la *Charte*, le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, dit à la p. 1219:

Bien que le but premier de l'al. 11b) soit la protection des droits individuels et la prestation de la justice fondamentale aux accusés, il comporte aussi implicitement, selon moi, un droit collectif ou social.

Il mentionne aussi à la p. 1221:

Tout citoyen est donc en droit de s'attendre à ce que le système de justice fonctionne de façon équitable, efficace et avec une célérité raisonnable [...] En plus de déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, le procès donne à la société l'assurance que les crimes graves font l'objet d'enquêtes et que ceux qui les commettent sont traduits en justice et traités selon la loi.

Un appui additionnel en faveur d'une analyse plus large des droits invoqués ici par les appellants nous est fourni par l'art. 28 de la *Charte*. Dans le contexte

He further stated at p. 1221:

All members of the community are thus entitled to see that the justice system works fairly, efficiently and with reasonable dispatch. . . . The trial not only resolves the guilt or innocence of the individual, but acts as a reassurance to the community that serious crimes are investigated and that those implicated are brought to trial and dealt with according to the law.

Additional support for a broader analysis of the rights invoked by the appellants in this case can be found in s. 28 of the *Charter*. In the context of this

case, this section would appear to mandate a constitutional inquiry that recognizes and accounts for the impact upon women of the narrow construction of ss. 7 and 11(d) advocated by the appellants.

de la présente affaire, cet article semble justifier une analyse constitutionnelle qui reconnaît l'incidence sur les femmes de l'interprétation étroite de l'art. 7 et de l'al. 11d) préconisée par les appellants et qui en tienne compte.

While the exact nature of the other interests involved depends upon the nature and aspect of the right considered, it is clear from the above that the constitutional inquiry in this area is not confined to the narrow interests of the accused. (See also *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 327-29, *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 403-7, reasons for judgment of La Forest J. in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting.)

Bien que la nature exacte des autres intérêts concernés dépende de la nature et de l'aspect du droit visé, il ressort clairement de ce qui précède que l'analyse constitutionnelle dans ce cas n'est pas limitée aux seuls intérêts de l'accusé. (Voir aussi les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 327 à 329, *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 403 à 407, les motifs du juge La Forest dans *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539 et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.)

In the present case, the other interests envisaged by ss. 7 and 11(d) are not unlike those articulated by Cory J. in *Askov*, *supra*. The complainant, and indeed the community at large, have an interest in the reporting and prosecution of sexual offences. They also have a legitimate interest in ensuring that trials of such matters are conducted in a fashion that does not subordinate the fact-finding process to myth and stereotype. However, a discussion of the community or group interests involved is not strictly necessary as it is clear that the competing interest in this case, that of ensuring that trials and thus verdicts are based on fact and not on stereotype and myth, is not one belonging solely to any group or community but rather is an interest which adheres to the system itself; it maintains the integrity and legitimacy of the trial process. This interest is so closely intertwined with the interests of complainants and of the community that the distinction may be unimportant in reality:

En l'espèce, les autres intérêts envisagés par l'art. 7 et l'al. 11d) ne sont pas différents de ceux articulés par le juge Cory dans l'arrêt *Askov*, précité. Les plaignantes, d'ailleurs l'ensemble de la collectivité, ont un intérêt dans le dépôt des plaintes et dans la poursuite des infractions d'ordre sexuel. Elles ont également un intérêt légitime à ce que les procès dans ce domaine se déroulent d'une façon qui ne subordonne pas l'appréciation des faits à des mythes et à des stéréotypes. Toutefois, il n'est pas strictement nécessaire de procéder à un examen des intérêts ici en jeu de la collectivité ou de groupes puisqu'il est clair que l'intérêt opposé dans cette affaire, soit garantir que les procès et donc les verdicts soient fondés sur des faits et non sur des stéréotypes et des mythes, n'appartient pas seulement à un groupe ou à une collectivité, mais qu'il constitue un intérêt inhérent au système; il maintient l'intégrité et la légitimité du déroulement des procès. Cet intérêt se rapproche si étroitement des intérêts des plaignants et de la collectivité que la distinction pourrait bien ne pas être importante en réalité:

Given the social science data . . . it should be recognised that these provisions prevent bias in the judicial fact finding process, which bias specifically operates to the

[TRADUCTION] Compte tenu des données des sciences sociales [...] on devrait reconnaître que ces dispositions éliminent les préjugés dans le processus d'appréciation

disadvantage of women as individual complainants and as a social group. [Emphasis added.]

des faits, préjugés qui défavorisent spécifiquement les femmes en tant que plaignantes individuelles et que groupe social. [Je souligne.]

(Dawson, *supra*, at p. 333.)

The recognition and realization of the ss. 7 and 11(d) interest in maintaining the integrity of the trial process ensure the protection of these perhaps more "societal" interests as well.

Regardless of the effects of protecting this interest, it is clear that it merits consideration in the constitutional analysis. The contrary approach, the recognition of an unfettered right in the accused to adduce all relevant evidence, seriously misconstrues the phrase "principles of fundamental justice". Clearly, these principles have developed with an eye to values and interests beyond those of the accused (see the previous discussion of relevance and exclusionary rules), and thus such values and interests are pertinent in constitutional inquiries such as the one here. The contrary approach renders vacuous the fair trial and full answer and defence rights of an accused.

In coming to this conclusion, I am not unmindful of cases in which common law exclusions of evidence have been held to be inapplicable in situations where they impinge upon an accused's ability to demonstrate his/her innocence; that, notwithstanding the importance of other interests, the accused's right to adduce evidence to demonstrate innocence was held to be primary and prevailed. (For example, the police informer privilege which protects the identity of the informer except in cases where such information could demonstrate that the accused was innocent; the solicitor-client privilege may yield in the same circumstances as the police informer privilege. In this regard, see respectively *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, and *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.).) However, the Charter does not *prima facie* invalidate the host of exceptions to the general rule that all relevant evidence is admissible. Sopinka J. for the majority of this Court in *Dersch v. Canada (Attorney General)*,

<sup>a</sup> (Dawson, précité, à la p. 333.)

<sup>b</sup> La reconnaissance et la réalisation des objectifs de l'art. 7 et de l'al. 11d) quant au maintien de l'intégrité du procès assurent également la protection de ces intérêts peut-être plus «sociaux».

<sup>c</sup> Quels que soient les effets de la protection de cet intérêt, il est clair qu'il faut en tenir compte dans l'analyse constitutionnelle. La démarche contraire, soit la reconnaissance d'un droit absolu de l'accusé de présenter tout élément de preuve pertinent, constitue une interprétation sérieusement défectueuse de l'expression «principes de justice fondamentale». Il est évident que l'évolution de ces principes s'est faite en fonction de valeurs et d'intérêts qui vont au-delà de ceux de l'accusé (voir l'analyse précédente des règles de pertinence et d'exclusion); ces valeurs et intérêts sont donc pertinents dans le cadre d'une analyse constitutionnelle comme celle-ci. La démarche contraire rend vides de sens les droits d'un accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière.

<sup>f</sup> En arrivant à cette conclusion, je ne suis pas indifférente aux cas où les exclusions de preuve établies par la common law ont été jugées inapplicables dans des situations où elles empiètent sur la capacité d'un accusé d'établir son innocence; nonobstant l'importance des autres intérêts, le droit de l'accusé de présenter une preuve visant à établir son innocence a été jugé fondamental et a été maintenu. (Par exemple, le privilège à l'égard des indicateurs de police qui protège l'identité de l'indicateur, sauf dans les cas où la divulgation de l'identité de l'indicateur pourrait aider à démontrer l'innocence de l'accusé; le privilège du secret professionnel de l'avocat peut être écarté dans les mêmes circonstances que celui à l'égard des indicateurs de police. À cet égard, voir respectivement *Soliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494 et *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.).) Toutefois, la Charte n' invalide pas de prime abord la série d'exceptions à la règle générale que toutes les preuves pertinentes

[1990] 2 S.C.R. 1505, discussed the scope of an accused's right to full answer and defence at p. 1515:

The right to full answer and defence does not imply that an accused can have, under the rubric of the *Charter*, an overhaul of the whole law of evidence such that a statement inadmissible under, for instance, the hearsay exclusion, would be admissible if it tended to prove his or her innocence.

Moreover, the situation here differs in a fundamental respect from those above. The provision in the instant case by and large excludes only that which is irrelevant. That small category of sexual history evidence which is relevant and not admissible under any of the exceptions is excluded for a number of reasons, one of which lies in its demonstrated distortion of the trial process. Sexual history evidence excluded by the provision is either irrelevant or so prejudicial that its minimal probative value is overwhelmed by its distorting effect. It operates as a catalyst for the invocation of stereotype about women and about rape, such that the entire trial process is distorted and fairness, in any meaningful sense, is subverted. Thus, the argument that an accused is prevented from adducing all relevant evidence going to innocence has little weight in this inquiry and must give way to other considerations.

Social science research findings contradict assertions that sexual conduct evidence assists the fact-finding process or the test for "judicial truth". Far from being relevant to ensuring a "fair" hearing or a full defence, the introduction of sexual history evidence may advantage the accused in a way that is not related to innocence. Such evidence has a non-neutral impact on the trial process. [Emphasis added.]

(Dawson, *supra*, at p. 330.)

Unless one accepts the paradoxical assertion that an accused has the right to a biased verdict, or that the principles of fundamental justice constitutionalize

sont admissibles. Le juge Sopinka, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, analyse l'étendue du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, à la p. 1515:

*Le droit à une défense pleine et entière ne signifie pas qu'un accusé peut obtenir, en vertu de la Charte, une révision de l'ensemble du droit de la preuve qui aille jusqu'à rendre admissible une affirmation qui ne le serait pas, par exemple en vertu des règles du ouï-dire, parce qu'elle tend à prouver son innocence.*

Par ailleurs, la situation diffère ici fondamentalement des cas susmentionnés. Dans la majorité des cas, la disposition contestée exclut seulement les éléments de preuve non pertinents. La faible catégorie de preuve sur le comportement sexuel antérieur qui est pertinente, mais non admissible en vertu des exceptions prévues, est exclue pour un certain nombre de raisons, notamment parce qu'il a été établi qu'elle dénature le déroulement du procès. La preuve sur le comportement sexuel antérieur exclue par la disposition est soit non pertinente soit tellement préjudiciable que son effet dénaturlant l'emporte sur sa valeur probante minimale. Cette preuve sert de catalyseur pour invoquer des stéréotypes au sujet des femmes et du viol d'une façon qui dénature tout le déroulement du procès et bouleverse l'équité, dans le plein sens du terme. Par conséquent, l'argument selon lequel un accusé ne peut présenter toutes les preuves pertinentes servant à établir son innocence n'a que peu de valeur dans la présente analyse et doit céder le pas à d'autres considérations:

[TRADUCTION] Les résultats des recherches en sciences sociales viennent contredire les allégations que la preuve concernant le comportement sexuel contribue à l'appréciation des faits ou à l'application du critère de la «vérité judiciaire». Loin de garantir une audience «équitable» ou une défense pleine et entière, la présentation d'une preuve sur le comportement sexuel peut favoriser l'accusé d'une façon qui n'a aucun lien avec l'innocence. Ce genre de preuve a sur le procès une incidence qui n'est pas neutre. [Je souligne.]

(Dawson, précité, à la p. 330.)

Sauf si l'on admet la prétention paradoxale qu'un accusé a droit à un verdict partial ou que les principes de justice fondamentale constitutionnalisent l'appli-

the discriminatory application of the law, the provisions cannot be constitutionally impugned. In my view, interpreting the guarantees of the *Charter* in a manner that systematically excludes considerations of the harm done by the evidence sought to be elicited by the accused may, ironically, operate to undermine and trivialize notions of fairness.

cation discriminatoire de la loi, les dispositions ici en cause sont incontestables sur le plan constitutionnel. À mon avis, interpréter les garanties de la *Charte* d'une façon qui empêche systématiquement de considérer le préjudice entraîné par la preuve que l'accusé tente de présenter peut, paradoxalement, saper et banaliser les notions d'équité.

### Section 1

Although, strictly speaking, it is unnecessary for me to engage in a discussion of s. 1, I will nonetheless make some brief comments in order to make it plain that the *Code* provision, even if found to be unconstitutional in its effect, is justified.

### L'article premier

This Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 138-39, provided the analysis to be undertaken in determining whether a limit is demonstrably justified.

b Bien qu'il ne me soit, à proprement parler, pas nécessaire de procéder à l'analyse en vertu de l'article premier, je ferai néanmoins certains commentaires succincts afin d'établir clairement que la disposition du *Code*, même si déclarée inconstitutionnelle de par son effet, est justifiée.

Briefly stated, the party attempting to uphold the legislation must establish that: (a) the objective which the limit is designed to serve is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right; and (b) the means chosen to attain the objective are reasonable and demonstrably justified, in that (1) the measures designed to meet the legislative objective must be rationally connected to the objective, (2) the means used should impair as little as possible the right or freedom in question, and (3) there must be a proportionality between the effects of the means chosen and the legislative objective.

d Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 138 et 139, notre Cour propose l'analyse qui doit être effectuée pour déterminer si la justification d'une restriction peut se démontrer.

As I have discussed earlier, the provision at issue in this case formed but a part of a much larger reform effort on the part of Parliament. Parliament articulated four principles that animated this package: the protection of the integrity of the person; the protection of children and special groups; the safeguarding of public decency; and the elimination of sexual discrimination. It is obvious that in respect of the provision at issue in this case, the goal of Parliament was to eliminate sexual discrimination in the trials of sexual offences through the elimination of irrelevant and/or prejudicial sexual history evidence. A further legislative goal, intimately linked to the first, is to

e En termes succincts, la partie qui tente de justifier la disposition en question doit démontrer que: a) l'objectif que vise à servir la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution; et b) les moyens choisis sont raisonnables et leur justification peut se démontrer, c'est-à-dire que (1) les mesures conçues pour atteindre l'objectif législatif doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif, (2) le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures choisies et l'objectif législatif.

f Comme je l'ai déjà dit, la disposition contestée s'inscrit dans le cadre d'un effort de réforme beaucoup plus large de la part du législateur. Celui-ci a énoncé quatre principes qui animent cette réforme: la protection de l'intégrité de la personne; la protection de l'enfant et de certains autres groupes de personnes; la défense des bonnes mœurs et l'élimination de la discrimination sexuelle. Pour ce qui est de la disposition ici en litige, il est évident que le législateur visait à supprimer la discrimination sexuelle dans les procès pour infraction d'ordre sexuel par l'élimination des preuves non pertinentes ou préjudiciables, ou les deux, concernant le comportement sexuel anté-

encourage women to report their victimization. My discussion of sexual assault at the outset makes it clear that a factor that loomed large in the failure of women to report, and police to classify complaints as "founded" and in the high rate of acquittal was the admission of evidence of prior sexual history into trials of sexual offences. Such evidence triggered the application of discriminatory beliefs and stereotypes about women and about rape. Attempting to rid the law, in this area, of discrimination and attempting to increase the reporting of a crime that occurs with staggering frequency in this society are obviously sufficiently important objectives to warrant overriding a right of the accused.

While it is, in my view, clear that the objectives of Parliament in enacting this provision are sufficiently important to warrant restricting the rights of an accused, the congruence of Parliament's goals with other *Charter* values strengthens this conclusion. As Wilson J. noted in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218:

I think that in determining whether a particular limitation is a reasonable limit prescribed by law which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*.

I have made it clear throughout these reasons that the reform of the laws of sexual assault in general, and s. 276 in particular, is informed by a dedication to the goal of the eradication of sexual discrimination in the prosecution of sexual offences. Sections 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* mirror the values which motivate the intervention of Parliament. These values have a legitimate role in shaping the s. 1 inquiry:

rieur. Un autre objectif législatif, étroitement lié au premier, est d'inciter les femmes à signaler les agressions dont elles sont victimes. Dans mon analyse de l'agression sexuelle au début, je fais ressortir clairement que, dans les procès pour infraction d'ordre sexuel, l'admission de preuves sur le comportement sexuel antérieur constitue un facteur qui a joué un rôle de premier plan dans la décision des femmes de ne pas porter plainte, dans le nombre de plaintes classées comme «fondées» par la police et dans le taux élevé d'acquittements. De telles preuves ont déclenché l'application de croyances et de stéréotypes discriminatoires au sujet des femmes et du viol. Tenter d'éliminer la discrimination des règles de droit dans ce domaine, et tenter d'inciter au dépôt de plaintes relativement à un crime malheureusement fort répandu dans notre société sont évidemment des objectifs législatifs suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit de l'accusé.

Quoiqu'à mon avis, il soit clair que le législateur avait, lors de l'adoption de la disposition en question, des objectifs suffisamment importants pour justifier de restreindre les droits d'un accusé, l'harmonie des objectifs poursuivis par le législateur avec les autres valeurs de la *Charte* vient renforcer cette conclusion. Comme l'indique le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218:

Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.

J'ai clairement indiqué tout au long de ces motifs que la réforme de l'ensemble des dispositions en matière d'agression sexuelle, et plus particulièrement de l'art. 276, a été suscitée par un engagement d'éliminer la discrimination sexuelle dans les poursuites relatives aux infractions d'ordre sexuel. Les articles 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés* reflètent les valeurs qui ont incité le Parlement à intervenir. Ces valeurs jouent un rôle légitime dans l'enquête en vertu de l'article premier:

... the effects of entrenching a guarantee of equality in the *Charter* are not confined to those instances where it can be invoked by an individual against the state. In so far as it indicates our society's dedication to promoting equality, s. 15 is also relevant in assessing the aims of [the provisions] of the *Criminal Code* under s. 1.

... la constitutionnalisation de la garantie de l'égalité a des effets qui vont au-delà des cas où cette garantie peut être invoquée par un individu contre l'État. Pour autant qu'il manifeste l'engagement de notre société à la promotion de l'égalité, l'art. 15 est en outre pertinent pour évaluer en vertu de l'article premier les objets [des dispositions] du *Code criminel*.

... promoting equality is an undertaking essential to any free and democratic society. . . . The principles underlying s. 15 of the *Charter* are thus integral to the s. 1 analysis.

... favoriser l'égalité est un engagement essentiel d'une société libre et démocratique [ . . . ] Les principes sous-tendant l'art. 15 de la *Charte* sont donc partie intégrante de l'analyse en vertu de l'article premier.

In light of the *Charter* commitment to equality, and the reflection of this commitment in the framework of s. 1, the objective of the impugned legislation is enhanced in so far as it seeks to ensure the equality of all individuals in Canadian society.

(Reasons for judgment of Dickson C.J. in *R. v. Keegstra, supra*, at pp. 755-56.)

The importance of Parliament's objectives in the reform of the law of sexual assault is amplified by the nature of the harm done (discussed at length at the beginning of these reasons) and by the fact that its legislative effort gives voice to values that are paramount in a free and democratic society. In the words of McIntyre J. for the Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component.

The objectives underlying s. 276 easily satisfy the first stage of the s. 1 inquiry.

The next stage in the analysis requires an examination of the proportionality of the measures and, as the first question, asks whether the measures are rationally connected to the objective. Again, my earlier dis-

Compte tenu de l'engagement envers l'égalité manifesté dans la *Charte* et reflété à l'article premier, l'objet visé par la disposition législative contestée prend une importance accrue dans la mesure où elle est destinée à assurer l'égalité de tous dans la société canadienne.

(Motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, aux pp. 755 et 756.)

L'importance des objectifs du Parlement dans le cadre de la réforme des dispositions législatives en matière d'agression sexuelle est amplifiée par la nature du préjudice causé (que j'ai analysé en détail au début de ces motifs) et par le fait que les efforts du législateur ont permis de faire ressortir les valeurs qui sont importantes à l'intérieur d'une société libre et démocratique. Comme l'affirmait le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.

Les objectifs qui sous-tendent l'art. 276 franchissent facilement la première étape de l'analyse en vertu de l'article premier.

La prochaine étape de l'analyse nécessite un examen de la proportionnalité des mesures et, comme à l'égard de la première question, il faut se demander si les mesures ont un lien rationnel avec l'objectif en

cussion of the demonstrated effect that sexual history evidence has upon triers of fact shows that the *Code* provision is rationally connected to Parliament's objective. The *Code* provision excludes evidence that promotes the invocation of stereotype about women and about sexual assault. Such evidence invites triers of fact to indulge themselves in a determination of the extent to which the complainant measures up to the current stereotypes about women and myths about rape. The fact that this happens is irrefutable. As my previous discussion demonstrates, the fact that it impacts negatively upon rates of reporting and "founded" rates and inflates rates of acquittal is also irrefutable. At all stages of the inquiry into the complaint, decisions are made about whether the complaint should proceed. The answer at all stages of the inquiry, as this earlier discussion also showed, lies in the ability of the complainant to conform to discriminatory beliefs. Often, in order to justify this screening process, reference is made to the fact that such beliefs will be applied at trial thus "justifying" decisions to ferret out all those undeserving complainants prior to trial. It is only reasonable then to conclude that any efforts on the part of Parliament to exclude sexual history evidence at trial, evidence which is largely irrelevant and nevertheless biased, are rationally connected to the stated objectives of ridding the law in this area of discriminatory beliefs and encouraging the increased reporting of such offences.

question. Encore une fois, l'analyse que j'ai faite de l'effet manifeste que la preuve d'un comportement sexuel a sur les juges des faits illustre bien que la disposition du *Code* a un lien rationnel avec l'objectif du Parlement. La disposition du *Code* exclut la preuve qui suscite l'application de stéréotypes au sujet des femmes et de l'agression sexuelle. Ce genre de preuve incite les juges des faits à déterminer dans quelle mesure la plaignante correspond aux stéréotypes entourant les femmes et aux mythes relatifs au viol. Il s'agit là d'un fait irréfutable. Comme mon analyse antérieure le démontre, il est également irréfutable que cette preuve influe négativement sur le taux des plaintes et sur celui des plaintes jugées «fondées» et accroît le taux d'acquittements. À toutes les étapes de l'enquête entourant la plainte, des décisions sont prises pour savoir si l'on doit y donner suite. La réponse à toutes ces étapes, comme le démontrent également mes propos antérieurs, réside dans l'aptitude de la plaignante à se conformer à ces croyances discriminatoires. Souvent, afin de justifier ce processus de filtrage, on fait allusion au fait que ces croyances seront appliquées au cours du procès, «justifiant» ainsi les décisions de découvrir avant le procès toutes les plaignantes peu méritantes. Il n'est que raisonnable alors de conclure que les efforts déployés par le Parlement pour exclure, lors du procès, la preuve sur le comportement sexuel, preuve qui est en grande partie non pertinente et néanmoins partielle, ont un lien rationnel avec les objectifs mentionnés visant à faire disparaître du droit dans ce domaine les croyances discriminatoires et à inciter au dépôt de plaintes relativement à ces infractions.

It is my view that the measures, as well as being rationally connected to the objectives, impair the rights of the accused as little as possible. The words of Dickson C.J. for the majority in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1137-38, are particularly apposite:

J'estime que ces dispositions, en plus d'avoir un lien rationnel avec les objectifs, portent le moins possible atteinte aux droits d'un accusé. Les propos du juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, aux pp. 1137 et 1138 sont particulièrement pertinents:

It is legitimate to take into account the fact that earlier laws and considered alternatives were thought to be less effective than the legislation that is presently being challenged. When Parliament began its examination of the subject of street soliciting, it was presented with a spectrum of views and possible approaches. . . . In making a

Il est légitime de tenir compte du fait que certaines lois antérieures et d'autres solutions envisagées ont été jugées moins efficaces que la disposition législative actuellement contestée. Lorsque le Parlement a commencé son examen de la question de la sollicitation de rue [...] lui ont présenté un éventail de points de vue et

choice to enact s. 195.1(1)(c) as it now reads, Parliament had to try to balance its decision to criminalize the nuisance aspects of street soliciting and its desire to take into account the policy arguments regarding the effects of criminalization of any aspect of prostitution. The legislative history of the present provision and, in general, of legislation directed to street solicitation is both long and complicated. The legislative scheme that was eventually implemented and has now been challenged need not be the “perfect” scheme that could be imagined by this Court or any other court. Rather, it is sufficient if it is appropriately and carefully tailored in the context of the infringed right. [Emphasis added.]

I have previously detailed the legislative efforts of Parliament in combatting discriminatory application of the law in trials of sexual offences. It has abrogated certain discriminatory doctrines developed at common law, repealed discriminatory requirements placed on complainants through legislation and attempted to align the admission of evidence of past sexual history with traditional evidentiary principles developed at common law. Resistance to legislative efforts and the continued utilization of stereotypical beliefs required the intervention of Parliament on a second occasion. This second legislative effort culminated in the provisions at issue here.

In the process of drafting legislation to replace the failed s. 142, numerous interest groups presented their views on the issue and Parliament canvassed a number of suggested changes to the legislation. Parliament did not rely solely upon external representations in order to produce alternatives but also initiated research on its own motion in an attempt to strike an appropriate balance of the interests involved. In the face of the numerous options presented, Parliament opted for this one. In the face of a previous legislative provision that was emasculated by the courts and on the heels of this, the continued application of stereotype, Parliament's measured and considered response was to codify those situations wherein sexual history evidence may be both relevant and sufficiently probative such that its

de façons différentes d'aborder la question. En choisissant d'adopter l'al. 195.1(1)c) tel qu'il existe actuellement, le Parlement a dû tenter d'établir un équilibre entre sa décision de criminaliser les éléments de nuisance de la sollicitation de rue et sa volonté de tenir compte des arguments de politique concernant les effets de la criminalisation d'un aspect de la prostitution. L'histoire législative de la disposition actuelle et, en général, de la législation qui vise la sollicitation de rue est à la fois longue et complexe. Le régime législatif finalement mis en œuvre et maintenant contesté n'a pas à être le régime «parfait» que notre Cour ou toute autre cour pourrait imaginer. Il suffit qu'il soit adéquatement et soigneusement adapté au contexte du droit qui est violé. [Je souligne.]

J'ai déjà analysé en détail les efforts législatifs déployés par le Parlement pour lutter contre l'application discriminatoire de la loi dans les procès pour infraction d'ordre sexuel. Mentionnons l'abrogation de certaines doctrines discriminatoires élaborées en common law et exigences discriminatoires imposées aux plaignantes aux termes de dispositions législatives ainsi que la tentative de rendre compatibles les règles concernant l'admission de la preuve sur le comportement sexuel antérieur et les principes traditionnels en matière de preuve élaborés en common law. La résistance manifestée à l'égard des efforts législatifs et l'utilisation continue de croyances stéréotypées ont nécessité une seconde intervention du Parlement. C'est cette seconde intervention qui a donné lieu à l'adoption des dispositions contestées en l'espèce.

Dans le cadre de l'élaboration du texte législatif qui allait remplacer l'infructueux art. 142, de nombreux groupes d'intérêt ont présenté leurs points de vue sur la question et le Parlement a sollicité des opinions relativement à certains des changements proposés. Le Parlement ne s'est pas seulement fié aux observations extérieures pour élaborer des solutions de rechange mais il a aussi procédé de lui-même à des travaux de recherche afin de tenter d'établir un équilibre entre les intérêts en présence. Parmi les nombreuses options qui se présentaient à lui, le Parlement a retenu celle que nous sommes actuellement en train d'analyser. Face à la disposition législative antérieure émasculée par les tribunaux et, de ce fait, à l'application continue des stéréotypes, la réponse mesurée et réfléchie du Parlement fut de codifier les

admission was warranted. Parliament exhibited a marked, and justifiably so, distrust of the ability of the courts to promote and achieve a non-discriminatory application of the law in this area. In view of the history of government attempts, the harm done when discretion is posited in trial judges and the demonstrated inability of the judiciary to change its discriminatory ways, Parliament was justified in so choosing. My attempt to illustrate the tenacity of these discriminatory beliefs and their acceptance at all levels of society clearly demonstrates that discretion in judges is antithetical to the goals of Parliament.

While some degree of latitude must be accorded to the legislative choice of Parliament due to the troubled history that informed its choice, the fact that Parliament had to choose between the interests of competing groups also requires such an approach. This is not a typical situation where the government and accused persons have squared off or where the government is "best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed" (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *infra*, at p. 994). Rather it is plain that Parliament, in coming to its legislative decision, weighed the claims of different groups and attempted to do that which best balanced their concerns. These circumstances of the legislative decision require that the impugned provisions be accorded a special place in the s. 1 analysis:

Thus, in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck. Vulnerable groups will claim the need for protection by the government whereas other groups and individuals will assert that the government should not intrude. In *Edwards Books and Art Ltd.*,

cas où la preuve concernant le comportement sexuel antérieur peut être à la fois pertinente et suffisamment probante pour en justifier l'admission. Le législateur a fait montre d'une méfiance marquée, et justifiée, à l'égard de l'aptitude des tribunaux à promouvoir et à atteindre une application non discriminatoire des règles de droit dans ce domaine. Vu l'historique des tentatives du gouvernement, le préjudice entraîné par le fait de confier aux juges du procès un pouvoir discrétionnaire et l'inaptitude démontrée des tribunaux à changer leurs pratiques discriminatoires, le choix du législateur était justifié. Les efforts que j'ai faits pour illustrer le caractère tenace des croyances discriminatoires et leur acceptation à tous les échelons de la société font clairement ressortir que l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges est à l'opposé des objectifs du Parlement.

Bien que l'on doive accorder un certain degré de latitude au choix du législateur compte tenu du contexte historique qui a entouré ce choix, le fait qu'il devait choisir entre les intérêts de groupes concurrents nécessite aussi une telle approche. Il ne s'agit pas là d'une situation typique où le gouvernement et les personnes accusées sont en situation opposée ou encore où le gouvernement devient «plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé» (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, *infra*, à la p. 994). Il est clair plutôt que le législateur, pour en arriver à sa décision, a tenu compte des revendications de divers groupes et qu'il a tenté d'établir un équilibre qui correspondait le mieux aux divers intérêts en jeu. En raison des circonstances ayant entouré cette décision législative, il faut accorder aux dispositions contestées une importance spéciale dans le cadre de l'analyse en vertu de l'article premier:

Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve. Les groupes vulnérables vont revendiquer la protection du gouvernement alors que les autres groupes et individus affirmeront que le gouvernement ne doit pas intervenir. Dans l'arrêt *Edwards Books and Art Ltd.*, précité, le juge en chef Dickson a exprimé une préoccupation impor-

*supra*, Dickson C.J. expressed an important concern about the situation of vulnerable groups (at p. 779):

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function.

(Reasons of Dickson C.J. for the majority in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993.)

Due to the concerns underlying the passage of this legislation and the extensive efforts of Parliament to assess the viability of a number of means, this is not a situation where the courts are better situated than or even as well situated as Parliament to determine whether the "least drastic means" has been chosen. The appropriate standard of review at this stage of the proportionality inquiry is thus one of reasonableness, i.e., whether the government had a reasonable basis for concluding that the legislative solution they chose impaired the right as little as possible given the government's pressing and substantial objective. It is clear from my reasons to this point that the legislative choice is, at a minimum, in the realm of the reasonable.

I have already dismissed the argument that the means would have been better tailored had they left discretion in trial judges. As I said above, the nature of the problem facing Parliament did not admit of a solution through the exercise of discretion of trial judges. History demonstrates that it was discretion in trial judges that saturated the law in this area with stereotype. My earlier discussion shows that we are not, all of a sudden, a society rid of such beliefs, and hence, discretionary decision making in this realm is

tante en ce qui concerne la situation des groupes vulnérables (à la p. 779):

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objectif est d'améliorer le sort des moins favorisés.

*a* Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.

*c* (Motifs du juge en chef Dickson, au nom de la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 993.)

*d* En raison des préoccupations sous-jacentes à l'adoption du texte législatif en question et des importants efforts déployés par le Parlement pour évaluer la viabilité d'un certain nombre de moyens, il ne s'agit pas d'un cas où les tribunaux sont en meilleure position ni même dans une position aussi avantageuse que le Parlement pour déterminer si les «moyens les moins radicaux» ont été choisis. Le critère approprié d'examen à cette étape de l'analyse de la proportionnalité doit donc être celui du caractère raisonnable, savoir si le gouvernement avait un fondement raisonnable pour conclure que la solution législative choisie portait le moins possible atteinte au droit en question compte tenu d'un besoin urgent et réel. Il ressort clairement de mes motifs que le choix retenu par le législateur se situe, tout au moins, dans les limites du raisonnable.

*i* J'ai déjà rejeté l'argument que les moyens auraient été mieux circonscrits en laissant un pouvoir discrétionnaire aux juges. Comme je l'ai déjà dit, la nature du problème avec lequel se trouvait aux prises le législateur fédéral ne permettait pas une solution prévoyant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les juges du procès. L'histoire démontre que c'est l'exercice du pouvoir discrétionnaire par les juges du procès qui a saturé de stéréotypes les règles de droit dans ce domaine. Mon analyse antérieure illustre que nous ne sommes pas tout à coup une société débarrassée de ces croyances et, par conséquent, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans ce contexte est tout à

absolutely antithetical to the achievement of government's pressing and substantial objective.

This Court has, on a prior occasion, considered the decision of Parliament to remove discretion from trial judges in certain provisions of the reform package. In *Canadian Newspapers Co., supra*, this Court considered the publication ban provided by s. 442 of the *Criminal Code*. On application by the complainant or the prosecutor the trial judge is required to make an order that the identity of the complainant and any information that could reveal it shall not be published. Lamer J. (as he then was), for the Court, discussed the argument that there should be some discretion in trial judges in order to impair as little as possible the right or freedom in question. At pages 131-33, Lamer J. rejected this argument:

When considering all of the evidence adduced by appellant, it appears that, of the most serious crimes, sexual assault is one of the most unreported. The main reasons stated by those who do not report this offence are fear of treatment by police or prosecutors, fear of trial procedures and fear of publicity or embarrassment. Section 442(3) is one of the measures adopted by Parliament to remedy this situation, the rationale being that a victim who fears publicity is assured, when deciding whether to report the crime or not, that the judge must prohibit upon request the publication of the complainant's identity or any information that could disclose it. Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive . . . Assuming that there would be lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it.

... one is forced to admit that an absolute ban on publication is the only means to reach the desired objective.  
... the discretionary ban is not an option as it is not

fait à l'opposé de la réalisation de l'objectif urgent et réel du gouvernement.

Notre Cour a, dans une autre affaire, analysé la décision du législateur de retirer aux juges du procès le pouvoir discrétionnaire dans le cadre de certaines dispositions du programme de réforme. Dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co.* précité, notre Cour a analysé l'interdiction de publication prévue à l'art. 442 du *Code criminel*. Sur demande du plaignant ou du poursuivant, le juge du procès doit rendre une ordonnance enjoignant de ne pas publier l'identité du plaignant ou tout renseignement qui permettrait de la découvrir. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef), au nom de la Cour, examine l'argument que les juges du procès devraient bénéficier d'un certain pouvoir discrétionnaire de façon à réduire au minimum les atteintes au droit ou à la liberté en question. Aux pages 131 à 133, le juge Lamer rejette cet argument:

Au vu de l'ensemble de la preuve produite par l'appelante, il appert que, parmi les crimes très graves, l'agression sexuelle est l'un de ceux qui est le moins souvent signalé. D'après les personnes qui se sont abstenues de dénoncer cette infraction, les principales raisons en sont la crainte quant au traitement que leur réserveraient la police ou la poursuite, la crainte des procédures judiciaires ainsi que la crainte de la publicité ou de l'humiliation. Le paragraphe 442(3) est l'une des mesures qu'a adoptées le Parlement pour remédier à cette situation. L'idée est de faire en sorte qu'une victime qui craint la publicité puisse être certaine, lorsqu'elle décide si elle va ou non dénoncer le crime, que le juge est tenu d'interdire sur demande la publication de l'identité du plaignant ou de renseignements permettant de la découvrir. De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace [...] A supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur.

... force est de reconnaître que ce n'est que par une interdiction absolue de publication que l'objectif visé peut être atteint [...] le pouvoir discrétionnaire de pro-

effective in attaining Parliament's pressing goal.  
[Emphasis added.]

Much the same can be said of the provision here. In order to effectively combat sex discrimination and increase reporting Parliament has, through this provision, attempted to eliminate the application of discriminatory beliefs at trials of sexual offences. The traditional approach, with discretion in trial judges as regards the admission of sexual history evidence, was, for good reason, rejected. As the Federal/Provincial Task Force on Uniform Rules of Evidence, *supra*, at p. 73 noted, provisions which leave discretion in the hands of trial judges are "...innocuous. They have failed to enhance the protection afforded to the complainant at common law." The point is also well put by Sheehy, *supra*, at p. 782:

What is clear . . . is that no common law system of discretion can possibly achieve the legislative objectives. . . . The best we can hope for will be diverse interpretations of the circumstances in which certain evidence is "relevant" and constitutes a "constitutional exemption". These interpretations will vary from trial judge to trial judge across the country. The worst we might receive are expansive interpretations of "relevance" which will be detrimental to women both individually and collectively. This is of particular concern, given that the abysmal record of the Canadian judiciary under the common law, and under the modified common law regime of the old section 142, was the impetus for the revocation of judicial discretion by Parliament.  
[Emphasis added.]

Parliament was faced with a historical record which demonstrated that this discretion was abused and exercised in a discriminatory fashion by trial judges and with overwhelming social science research that says things have not changed. In this context, the notion that Parliament could have, in the name of minimal impairment, awarded a discretion to trial judges, loses sight altogether of the objective that has been found to be pressing and substantial. In the words of Lamer C.J. in *R. v. Chaulk*, [1990]

noncer l'interdiction [ . . . ] n'est pas une solution puisque ce n'est pas un moyen efficace d'atteindre le but urgent visé par le législateur fédéral. [Je souligne.]

a On peut en grande partie reprendre les mêmes propos à l'égard de la disposition attaquée en l'espèce. Afin de lutter efficacement contre la discrimination sexuelle et d'inciter au dépôt de plaintes, le législateur a, au moyen de la disposition en question, tenté d'éliminer l'application de croyances discriminatoires au cours des procès pour infractions d'ordre sexuel. La démarche traditionnelle, qui accordait aux juges des procès le pouvoir discrétionnaire de se prononcer sur l'admissibilité d'une preuve sur le comportement sexuel antérieur, fut à juste titre rejetée. Comme l'a fait remarquer le Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve, précité, à la p. 84, les dispositions qui laissent aux juges du procès un pouvoir discrétionnaire «se sont révélées sans grand effet. Elles n'ont pas réussi à accroître la protection que la *common law* assurait à la victime.» Sheehy, précité, fait également ressortir ce point à la p. 782:

f e [TRADUCTION] Il est évident [ . . . ] qu'aucun système de pouvoir discrétionnaire de common law ne peut permettre d'atteindre les objectifs législatifs [ . . . ] Nous pouvons tout au mieux espérer que l'on donnera des interprétations différentes aux circonstances où certaines preuves sont «pertinentes» et constituent une «exemption constitutionnelle». Ces interprétations varieront d'un juge du procès à l'autre à l'intérieur du pays. Le pire serait une interprétation large de la «pertinence» qui porterait atteinte aux femmes à la fois individuellement et collectivement. Ceci est particulièrement inquiétant g puisque ce sont les antécédents abominables de la magistrature canadienne sous le régime de la common law et de la common law modifiée de l'ancien article 142 qui ont suscité la révocation par le législateur du h pouvoir discrétionnaire des juges. [Je souligne.]

i Le législateur était en présence d'un dossier démontrant que ce pouvoir discrétionnaire avait été exercé de façon abusive et discriminatoire par les juges des procès et d'importantes recherches en sciences sociales établissant que les choses n'avaient pas changé. Dans ce contexte, la notion selon laquelle le législateur aurait pu, en invoquant l'atteinte minimale, accorder un pouvoir discrétionnaire aux juges du procès ne tient aucun compte de l'objectif qui a été jugé urgent et réel. Selon le juge en chef Lamer

3 S.C.R. 1303, at p. 1341, "when assessing the alternative means which were available to Parliament, it is important to consider whether a less intrusive means would achieve the 'same' objective or would achieve the same objective as effectively." It is clear then that Parliament has, in enacting ss. 276 and 277, made a constitutionally permissible choice.

d dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1341: «lorsqu'on examine les solutions de rechange à la disposition du législateur, il importe de se demander si un moyen moins envahissant permettrait soit d'atteindre le «même» objectif, soit d'atteindre le même objectif de façon aussi efficace.» Il est donc évident que le législateur a fait un choix que lui permettait la Constitution lors de l'adoption des art. 276 et 277.

b

The last stage of the s. 1 analysis requires an examination of whether the effects of the measure are so deleterious that they outweigh the importance of the objective. In my view, the exclusion of largely irrelevant and highly prejudicial sexual history evidence does not significantly entrench upon an accused's right to a fair trial or an accused's right to make full answer and defence. Wide avenues of admissibility are still open to an accused under the provision to adduce evidence of sexual history that is both relevant and sufficiently probative that its admission is not outweighed by its discriminatory effect. Confining the accused to such evidence goes little distance towards the conclusion that the last stage in the proportionality inquiry is not met. Parliament has accorded more than due weight to the accused's constitutional rights in enacting s. 276. It follows that, in my view, the provision, to the extent (if any) that it is unconstitutional in its effect, is easily upheld under s. 1.

c La dernière étape de l'analyse en vertu de l'article premier consiste à déterminer si les effets préjudiciables de la mesure sont trop importants par rapport à l'objectif. À mon avis, l'exclusion d'une preuve sur le comportement sexuel qui est en grande partie non pertinente et qui est hautement préjudiciable n'empêche pas de manière importante sur le droit de l'accusé à un procès équitable ou sur son droit à une défense pleine et entière. La disposition en question permet de bien d'autres façons à l'accusé de présenter des preuves sur le comportement sexuel qui sont pertinentes et suffisamment probantes pour que leur effet discriminatoire n'en écarter pas l'admission. Le fait de limiter l'accusé à présenter ce genre de preuve contribue peu à la conclusion que la dernière étape du critère de la proportionnalité n'a pas été respectée. Le législateur a accordé plus que l'importance requise aux droits constitutionnels de l'accusé lors de l'adoption de l'art. 276. À mon avis, il s'ensuit que la disposition législative dans la mesure où elle est inconstitutionnelle (si elle l'est) de par son effet, se justifie facilement en vertu de l'article premier.

f

g

j

In summary, sexual history evidence excluded by s. 276 of the *Criminal Code* is mostly irrelevant and, moreover, so prejudicial that its exclusion both at common law and under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is mandated. Neither s. 7 nor s. 11(d), upon a principled inquiry, directs a different conclusion. However, even assuming that s. 276 is unconstitutional in its effect, it is easily justified under s. 1. In my view, once the constitutional questions are viewed within their larger context, the conclusions reached in these reasons are absolutely uncontentious.

h

i

j

k

l

m

n

o

p

q

r

s

t

u

v

w

x

y

z

Bref, la preuve concernant le comportement sexuel antérieur exclue par l'art. 276 du *Code criminel* est dans la plupart des cas non pertinente et, de plus, elle est tellement préjudiciable que son exclusion est justifiée tant par la common law que par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ni l'article 7 ni l'al. 11d), après une analyse fondée sur les principes, ne permettent d'arriver à une conclusion différente. Toutefois, même en supposant que l'art. 276 soit inconstitutionnel de par son effet, il se justifie facilement en vertu de l'article premier. À mon avis, lorsque les questions constitutionnelles sont analysées dans ce large contexte, les conclusions que je tire en l'espèce sont tout à fait incontestables.

Although for me the questions pertaining to the constitutional exemption and the effect of striking down s. 276 do not arise, I will nevertheless, before disposing of these appeals, make some brief remarks in respect of them.

My colleague, McLachlin J., articulates three reasons for her rejection of the "doctrine of constitutional exemption" in this case: namely, (1) it would not substantially uphold the law and the will of the legislature would become increasingly obscured; (2) applying the doctrine would be indistinguishable in result from striking down the legislation; and (3) applying the doctrine in this case would be difficult. It seems to me, however, that the same rationales highlight the infirmity of the guidelines suggested by the majority with respect to the admission of evidence of prior sexual history. More particularly, the objectives of Parliament in enacting the legislation, identified earlier in these reasons, are ill served by the guidelines. The view that the objectives of Parliament and the values of the *Charter* are better served in this fashion ignores the larger context within which the guidelines will be applied. Furthermore, as a full discussion of this context shows, any optimism that the guidelines will be effectively and consistently applied in a manner that is cognizant of both the objectives of Parliament and the infirmities of the common law is badly misplaced. My final objection to the guidelines, as my previous discussion indicates, is that they are entirely too broad and support the very stereotype and myth that they are meant to eradicate.

#### Disposition and Answers to the Constitutional Questions

For these reasons, I would dismiss the appeals and answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Whether s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms?*

Answer: No.

Bien qu'à mon avis les questions de l'application de la doctrine de l'exemption constitutionnelle et de l'effet de l'annulation de l'art. 276 ne se posent pas, je ferai néanmoins quelques commentaires à ce sujet avant de terminer.

Ma collègue, le juge McLachlin énonce trois motifs pour lesquels la «doctrine de l'exemption constitutionnelle» ne peut recevoir application en l'espèce: (1) elle ne permettrait pas substantiellement de confirmer la disposition législative et elle rendrait de plus en plus obscure l'intention du législateur; (2) l'application de cette doctrine aurait le même résultat que l'annulation de la disposition, et (3) cette doctrine serait difficile d'application en l'espèce. Il me semble que ces mêmes motifs mettent en relief les lacunes des lignes directrices que propose la Cour, à la majorité, en ce qui concerne l'admission de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur. Plus particulièrement, les lignes directrices ne permettent pas d'atteindre les objectifs visés par le législateur lors de l'adoption de la disposition législative, objectifs que j'ai déjà soulignés. Le point de vue selon lequel les objectifs du législateur et les valeurs de la *Charte* seront ainsi mieux servis ignore le contexte plus global dans lequel les lignes directrices seront appliquées. Par ailleurs, comme l'illustre l'examen détaillé de ce contexte, il serait malavisé d'envisager avec optimisme que les lignes directrices seront appliquées efficacement et uniformément d'une façon qui tienne compte des objectifs du législateur et des lacunes de la common law. Finalement, mon objection à ces lignes directrices, comme l'indique mon analyse antérieure, tient au fait qu'elles sont beaucoup trop vagues et appuient les stéréotypes et les mythes qu'elles sont censées faire disparaître.

#### Dispositif et réponses aux questions constitutionnelles

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter les pourvois et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

Question 1: L'article 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est-il incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés?*

Réponse: Non.

Question 2: If s. 246.6 or 246.7 of the *Criminal Code* is inconsistent with either s. 7 or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, whether that inconsistency is justified on the basis of s. 1 thereof?

<sup>a</sup>

Answer: Yes.

It is not necessary for me to answer the further issues raised in these appeals.

<sup>b</sup>

*Appeals dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and GONTHIER JJ. dissenting in part.*

*Solicitor for the appellant Seaboyer: Keith E. Wright, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Gayme: Waldin, de Kenedy, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General for the province of Ontario, Toronto.*

<sup>d</sup>

*Solicitor for the intervenor the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.*

<sup>e</sup>

*Solicitor for the intervenor the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.*

<sup>f</sup>

*Solicitor for the intervenor the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General, Regina.*

*Solicitors for the intervenor the Canadian Civil Liberties Association: McMillan, Binch, Toronto.*

<sup>g</sup>

*Solicitors for the intervenor Women's Legal Education and Action Fund et al.: Cavalluzzo, Hayes & Shilton, Toronto.*

<sup>h</sup>

Question 2: Si l'art. 246.6 ou 246.7 du *Code criminel* est incompatible avec l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette incompatibilité est-elle justifiée en vertu de l'article premier?

Réponse: Oui.

Il n'y a pas lieu de répondre aux autres questions soulevées dans les présents pourvois.

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

*Procureur de l'appelant Seaboyer: Keith E. Wright, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant Gayme: Waldin, de Kenedy, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province d'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général, Regina.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: McMillan, Binch, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et autres: Cavalluzzo, Hayes & Shilton, Toronto.*