

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Bryant Floyd Litchfield *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LITCHFIELD

File No.: 22896.

1993: June 7; 1993: November 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Practice — Collateral attack — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a), (4), 645(5), 676(1)(a), 686(4)(a), (b)(i), 693(1)(b).

Practice — Non-suit — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

^a **Bryant Floyd Litchfield** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LITCHFIELD

N° du greffe: 22896.

^b

1993: 7 juin; 1993: 18 novembre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

^c

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

Pratique — Attaque indirecte — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1a), (2), (3)c, 590(3), 591(3)a, (4), 645(5), 676(1)a, 686(4)a, b(i), 693(1)b.

Pratique — Non-lieu — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

Jurisdiction — Appellate courts — Pre-trial severance of counts of sexual assault — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Evidence — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Criminal law — Sexual assault — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Respondent, a family physician, was charged with 14 counts of sexual assault involving seven female patients who had attended at his office for medical treatment and

Compétence — Tribunaux d'appel — Séparation avant le procès des chefs d'accusation d'agression sexuelle — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

Preuve — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

Droit criminel — Agressions sexuelles — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

L'intimé, un médecin de famille, a fait l'objet de 14 chefs d'agression sexuelle impliquant sept patientes qui s'étaient présentées à son cabinet pour recevoir un trai-

diagnosis. Each had consented to being touched for valid medical reasons in intimate areas of her body.

Prior to trial, respondent applied for an order that each count be tried separately or alternatively that the counts be severed by complainant. The judge hearing the motion (not the trial judge) ordered that three different trials be held depending on the part of the complainant's body involved in the assault — genitalia, breasts or other matters. The counts therefore were not only severed but also divided such that separate trials were to be held for events that occurred within one visit to the respondent's office by the same complainant.

In a trial by judge alone, the Crown first proceeded on those counts relating to vaginal examinations. The trial judge refused the Crown's motion to hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence relating to the severed counts and ruled that the Crown could proceed by calling all of the evidence relating to the severed counts, subject to a subsequent ruling on admissibility. The Crown called all of the evidence relating to the severed counts, as well as the evidence of the complainants in the trial going to the counts before the court and the evidence of two medical experts. The trial judge, on a *voir dire*, refused to admit the evidence of several other women of similar assaults by the respondent. He also refused to admit the testimony of the respondent's ranking medical officer as to counselling the respondent had received from her after complaints were lodged against him while he practised in the military. The trial judge subsequently ruled all the evidence relating to the severed counts inadmissible as irrelevant or, even if relevant, too prejudicial. The respondent successfully brought a motion for a non-suit at the close of the Crown's case and was acquitted. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. At issue here were: (1) whether this Court had jurisdiction to review a pre-trial severance order, and (2) if so, whether the pre-trial severance order should be set aside; (3) whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted; and (4) whether a non-suit should have been granted.

tement médical ou un diagnostic. Chacune des patientes avait consenti à ce qu'on lui touche les parties intimes à des fins médicales valables.

Avant le procès, l'intimé a sollicité une ordonnance enjoignant d'instruire séparément chacun des chefs d'accusation ou encore de séparer les chefs par plaignante. Le juge qui a entendu la requête (qui n'était pas le juge du procès) a ordonné la tenue de trois procès distincts selon la partie du corps de la plaignante qui était en cause dans l'agression, les deux premiers portant sur les allégations relatives aux organes génitaux et aux seins respectivement, et le troisième sur les autres questions. Par conséquent, les chefs ont été non seulement séparés mais encore divisés de sorte que des procès distincts devraient être tenus pour les événements survenus à l'égard de la même plaignante dans le cadre d'une seule et même consultation dans le cabinet de l'intimé.

Lors d'un procès devant un juge seul, le ministère public a d'abord procédé relativement aux chefs concernant les examens vaginaux. Le juge du procès a rejeté la requête du ministère public visant la tenue d'un *voir dire* pour déterminer l'admissibilité de la preuve concernant les chefs séparés et a décidé que le ministère public pouvait présenter toute la preuve relative aux chefs séparés, sous réserve d'une décision ultérieure sur son admissibilité. Le ministère public a présenté tous les témoignages relatifs aux chefs séparés, le témoignage des plaignantes au cours du procès touchant les chefs dont la cour était saisie, ainsi que celui de deux experts en médecine. À la suite d'un *voir-dire*, le juge du procès a refusé d'admettre le témoignage de plusieurs autres femmes concernant des agressions de même nature de la part de l'intimé. Il a également refusé d'admettre le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé quant aux conseils qu'elle lui avait donnés après que des plaintes eurent été déposées contre lui au moment où il exerçait la médecine dans l'armée. Le juge du procès a décidé ensuite que tous les témoignages relatifs aux chefs séparés étaient inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents ou que, même s'ils étaient pertinents, ils étaient trop préjudiciables. À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, l'intimé a présenté avec succès une requête en non-lieu et a été acquitté. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public. Il s'agit en l'espèce de déterminer (1) si notre Cour avait compétence pour examiner une ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès, (2) si, dans l'affirmative, il y a lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès, (3) s'il y avait lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés par le juge du procès, et (4) si le non-lieu aurait dû être accordé.

Held: The appeal should be allowed.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: Sexual assault is a crime of general intent. The Crown need not prove a specific intent with respect to the sexual nature of the assault because it forms part of the *actus reus*. The test is therefore an objective one. All the circumstances surrounding the conduct in question will be relevant to the question of whether the touching was of a sexual nature and violated the complainant's sexual integrity. Courts in individual cases should not create unnecessary barriers to considering all the circumstances surrounding conduct alleged to constitute a sexual assault, particularly where the complainant has consented to some touching but not to touching of a sexual nature. The nature of a complainant's relationship to her alleged assaulter, including the patient's lack of power and knowledge and the doctor's duty to perform medical examinations only for the patient's good, must all figure in a determination of whether the patient in fact consented to the conduct in question.

At first blush, the pre-trial severance order could not be appealed as part of the respondent's acquittal without violating the rule against collateral attack: a court order, made by a court having jurisdiction to make it, may not be attacked in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or the judgment. Given a strict application of the rule, the trial judge would not have had the power to review the division and severance order because the specific object of the proceedings was not its reversal, variation or nullification. Consequently, there would have been no error of law committed with respect to proceeding on the division and severance order at the trial upon which an appeal of the verdict reached during the trial could be founded. The result would be that neither the Court of Appeal nor this Court would have jurisdiction to review, much less to set aside, the division and severance order.

The rule against collateral attack should not be strictly applied here. The rule was not intended to immunize court orders from review but to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. The principles based on certainty and on the need for the orderly and functional administration of

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci: L'agression sexuelle est un crime qui requiert une intention générale. Le ministère public n'a pas à prouver l'existence d'une intention spécifique relativement à la nature sexuelle de l'agression parce qu'elle fait partie de l'*actus reus*. Le critère applicable est donc objectif. Toutes les circonstances entourant la conduite en question seront pertinentes pour déterminer si l'attouchement était de nature sexuelle et s'il a porté atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante. Dans chaque cas, le tribunal ne devrait pas créer d'obstacle inutile à la prise en compte de toutes les circonstances entourant la conduite qui, allègue-t-on, constitue une agression sexuelle, particulièrement lorsque la plaignante a consenti à un certain attouchement, mais non à un attouchement de nature sexuelle. La nature de la relation qui existait entre la plaignante et son présumé agresseur, y compris l'absence de position de force chez la patiente et son manque de connaissances, ainsi que l'obligation du médecin de ne faire des examens médicaux que pour le bien de la patiente sont tous des éléments dont il faut tenir compte pour déterminer si la patiente a effectivement consenti à la conduite en cause.

À première vue, l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès ne pouvait faire l'objet d'un appel en tant que partie de l'acquiescement de l'intimé sans violer la règle interdisant les attaques indirectes: une ordonnance rendue par une cour compétente ne peut faire l'objet d'une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement. Si on applique strictement la règle, le juge du procès n'aurait pas été habilité à examiner l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation parce que les procédures n'avaient pas précisément pour objet d'en obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation. Par conséquent, si l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation avait été rendue au procès, on n'aurait pas commis d'erreur de droit susceptible de justifier un appel contre le verdict prononcé à l'issue de ce procès. Il en résulterait que ni la Cour d'appel ni notre Cour n'auraient compétence pour examiner, et encore moins pour annuler, l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation.

Il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer strictement la règle interdisant les attaques indirectes. La règle a été conçue non pas pour soustraire à tout contrôle une ordonnance judiciaire mais pour maintenir la primauté du droit et préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. Les principes fondés sur la certi-

justice which lie behind the rule against collateral attack are not applicable in the case of a pre-trial division and severance order. Such an order does not govern the conduct of the parties but rather regulates the judicial process itself. Allowing a collateral attack at trial on such an order would not jeopardize the rule of law or damage the repute of the administration of justice. Indeed the order would have been subject to review by appellate courts along with the verdict if it had been made by a trial judge. Procedure cannot govern substance — an order so erroneous that it results in a fundamentally flawed trial process cannot be allowed to stand.

The pre-trial division and severance order could be reviewed by the trial judge and set aside if in error. The trial judge's failure to refuse to follow the pre-trial division and severance order, if erroneous, would constitute an error of law reviewable on appeal to this Court.

An indictment is preferred only when it is lodged with the trial judge. An accused need not wait until the actual trial date to bring an application to divide or sever counts. The indictment can be preferred once the trial judge has been assigned and a severance application can be brought after the indictment has been preferred but before the court has been constituted to begin hearing evidence. As a matter of practice and policy, the trial judge should hear applications to divide and sever counts. Such orders are not immunized from review and needless duplication is avoided.

The division or severance of a count requires the exercise of a great deal of discretion given the breadth of the criteria governing division and severance — the court must be satisfied that the ends of justice require the order. An appellate court should not interfere with the exercise of this discretion unless it is shown that the issuing judge acted unjudicially or that the ruling resulted in an injustice. The order at issue here worked an injustice towards the Crown, the complainants and the administration of justice in that it placed an artificial barrier to the trial judge's ability to consider the respondent's conduct in all the circumstances. The order had to

tude et sur le besoin d'une administration ordonnée et pratique de la justice qui sous-tendent la règle interdisant les attaques indirectes ne sont pas applicables à une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès. Une ordonnance de cette nature régit non pas la conduite des parties, mais plutôt le processus judiciaire lui-même. Permettre, au cours du procès, une attaque indirecte contre une telle ordonnance ne compromettrait pas la primauté du droit ou ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. En réalité, si l'ordonnance avait été rendue par le juge du procès, elle aurait fait l'objet d'un examen par les tribunaux d'appel en même temps que le verdict. La procédure ne peut l'emporter sur le fond — on ne saurait permettre le maintien d'une ordonnance erronée au point d'entacher le procès d'un vice fondamental.

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès pouvait faire l'objet d'un examen par le juge du procès et être annulée si elle était erronée. L'omission erronée du juge du procès de refuser de suivre ladite ordonnance constituerait une erreur de droit pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour.

L'acte d'accusation est présenté seulement quand il est produit devant le juge du procès. Un accusé n'a pas à attendre à la date du procès pour présenter une requête en division ou séparation des chefs d'accusation. L'acte d'accusation peut être présenté une fois que le juge du procès s'est vu confier l'affaire, et une requête en séparation des chefs d'accusation peut être soumise après que l'acte d'accusation a été présenté mais avant que le tribunal ne soit constitué pour commencer à entendre les témoignages. En pratique et en principe, le juge du procès devrait entendre les requêtes en division et en séparation des chefs d'accusation. Ces ordonnances n'échappent pas à tout contrôle et le dédoublement inutile est évité.

Pour rendre une ordonnance de division ou de séparation des chefs d'accusation, il faut exercer un large pouvoir discrétionnaire étant donné la portée des critères qui régissent la division ou la séparation des chefs d'accusation — le tribunal doit être convaincu que les fins de la justice exigent l'ordonnance en question. Une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, à moins qu'il ne soit démontré que le juge qui a rendu l'ordonnance n'a pas agi judiciairement ou que sa décision a causé une injustice. L'ordonnance visée en l'espèce a causé une injustice au ministère public, aux plaignantes et à l'administration de la justice, du fait qu'elle a entravé artificiellement la capacité du juge du procès d'examiner la conduite de l'in-

be set aside given its jurisdictional and substantive flaws and given the trial judge's errors in applying it.

All the evidence by the complainants going to the severed counts should have been admitted with respect to all the counts before the trial judge. It was relevant to several important issues and its prejudicial effect would not outweigh its probative value. The evidence of other touching, while it might be characterized as similar acts, was not tendered solely to show that the respondent was a person of bad character or of a disposition likely to commit the offences, but rather to provide information highly relevant to understanding the context in which the offences occurred. This evidence was admissible. The trial judge did not weigh the probative value of the evidence or specify its prejudicial effects.

The evidence of the respondent's superior officer from his time of military practice was relevant to the nature and quality of the acts which respondent performed on the complainants and specifically to whether he was carrying out proper medical procedures. The hearsay rule was wrongly applied here to exclude the evidence. This evidence was not hearsay.

The admissibility of other evidence excluded by the trial judge should be left to the discretion of the trial judge in the new trial.

The motion for non-suit should not have been granted because there was admissible evidence which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify conviction. Here, the trial judge made the determination on the application for a non-suit in his capacity as trial judge and not as trier of fact because he made no determinations of weight and credibility prior to reaching his decision. Other errors made over the course of the trial judge's ruling also made it impossible for the order to stand. Even with the trial judge's rulings on the admissibility of evidence, there was some evidence, both direct and circumstantial, which, if believed by a properly instructed jury acting reasonably, could have resulted in convictions. Under a correct approach

timé à la lumière de toutes les circonstances qui l'ont entourée. L'ordonnance devait être annulée en raison des vices de compétence et de fond qu'elle comportait, ainsi que des erreurs que le juge du procès a commises en l'appliquant.

Tous les témoignages des plaignantes relatifs aux chefs séparés auraient dû être admis à l'égard de tous les chefs soumis au juge du procès. Ils étaient pertinents en ce qui concernait plusieurs questions importantes et leur effet préjudiciable ne l'emporterait pas sur leur valeur probante. Même s'ils pourraient être qualifiés de preuve d'actes similaires, les témoignages relatifs à d'autres atouchements ont été produits non pas seulement pour démontrer que l'intimé était une personne de mauvaise moralité ou qu'il était prédisposé à commettre les infractions alléguées, mais plutôt pour fournir des renseignements très pertinents pour saisir le contexte dans lequel les infractions ont été perpétrées. Cette preuve était admissible. Le juge du procès n'a pas déterminé la valeur probante des témoignages ni précisé leur effet préjudiciable.

Le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé pendant qu'il exerçait la médecine dans l'armée était pertinent quant à la nature et à la qualité des actes que l'intimé a accomplis sur les plaignantes et, plus précisément, quant à la question de savoir si ses actes médicaux étaient appropriés. La règle du ouï-dire a été appliquée de façon erronée en l'espèce pour exclure le témoignage. Ce témoignage n'était pas du ouï-dire.

Il y a lieu de laisser à la discrétion du juge qui présidera le nouveau procès le soin de déterminer l'admissibilité d'autres éléments de preuve écartés par le juge du procès.

La requête en non-lieu n'aurait pas dû être accordée parce qu'il y avait des éléments de preuve admissibles qui, s'ils étaient acceptés par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifieraient une déclaration de culpabilité. En l'espèce, le juge du procès a statué sur la requête en non-lieu en sa qualité de juge du procès, et non de juge des faits, car il ne s'est pas prononcé sur le poids de la preuve ni sur la crédibilité des témoins avant de rendre sa décision. L'ordonnance ne peut être maintenue en raison d'autres erreurs que le juge du procès a commises en statuant sur la requête. Même avec les décisions du juge du procès sur l'admissibilité de la preuve, il y avait des éléments de preuve, à la fois directs et circonstanciels, qui, s'ils avaient été acceptés par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière

to the admissibility of the evidence, there would have been all the more evidence to satisfy the standard.

Per McLachlin J.: In Alberta, it appears to be standard practice to arraign an accused before the trial for the purposes of taking pleas and pre-trial orders. This procedure allows severance motions to be heard prior to trial without seizing the chambers judge of the matter. The indictment is preferred and trial proceedings begin upon arraignment even though that may be months before a judge and jury are empanelled. The suggestion in *R. v. Chabot* that the indictment is not preferred until it is presented in the presence of the accused before a trial court constituted to dispose of the case, does not apply to pre-trial arraignments in Alberta. The rule against collateral attack would present no difficulty in cases like this one because the severance order is part of the trial proceedings. As such, it was appealable. In the alternative, if the order were taken to have preceded the preferment of the indictment and not to be part of the trial, there should be an exception to the rule against collateral attack where the Alberta procedure has been followed.

raisonnable, auraient entraîné des déclarations de culpabilité. Si la question de l'admissibilité de la preuve avait été abordée correctement, il y aurait eu d'autant plus d'éléments de preuve pour satisfaire à la norme.

a

Le juge McLachlin: En Alberta, il paraît qu'il est normal que l'accusé soit interpellé avant le procès aux fins d'enregistrer un plaidoyer et de rendre les ordonnances préalables au procès. Cette procédure permet d'entendre des requêtes en séparation des chefs d'accusation avant le procès sans que le juge en chambre ne soit saisi de l'affaire. L'acte d'accusation est présenté et le procès commence au moment de l'interpellation, même si celle-ci peut être faite des mois avant qu'un juge soit désigné et un jury constitué. La proposition, dans l'arrêt *R. c. Chabot*, selon laquelle l'acte d'accusation n'est pas présenté tant que cela n'est pas fait en présence de l'accusé devant un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation, ne s'applique pas aux interpellations préalables au procès en Alberta. La règle interdisant les attaques indirectes ne poserait aucun problème dans des cas comme celui-ci, puisque l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation fait partie du procès. À ce titre, elle pouvait faire l'objet d'un appel. Subsidiairement, si on considérait que l'ordonnance a précédé la présentation de l'acte d'accusation et ne faisait pas partie du procès, il devrait y avoir une exception à la règle interdisant les attaques indirectes lorsque la procédure albertaine a été suivie.

b

c

d

e

f

g

h

j

Cases Cited

By Iacobucci J.

Considered: *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129; *R. v. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595; *R. v. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845; *R. v. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259; *R. v. Auld* (1957), 26 C.R. 266; *R. v. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Deyong v. Weeks* (1983), 43 A.R. 342.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts examinés: *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; **arrêts mentionnés:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *B.C. (A.G.) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129; *R. c. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595; *R. c. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845; *R. c. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259; *R. c. Auld* (1957), 26 C.R. 266; *R. c. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387; *R. c. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Deyong c. Weeks* (1983), 43 A.R. 342.

By McLachlin J.

Considered: *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *R. v. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6; **referred to:** *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a) [am. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 119], (4) [am. *idem*], 645(5) [am. *ibid.*, s. 133], 676(1)(a) [am. *ibid.*, s. 139], 686(4)(a), (b)(i), 693(1) [am. *ibid.*, s. 146], (b) [am. R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 12].

Authors Cited

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Release No. 10. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).
Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 120 A.R. 391, dismissing an appeal from acquittal by Hope J. at trial following pre-trial severance of indictment by McDonald J. in chambers. Appeal allowed.

Goran Tomljanovic, for the appellant.

Robert B. White, Q.C., and *D. Stam*, for the respondent.

The judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. — There are several issues in this appeal. First, does this Court have jurisdiction to review a pre-trial order dividing and severing counts in an indictment? Second, if so, should the order in this case be set aside? The third issue in this appeal concerns the admissibility of the testi-

Citée par le juge McLachlin

Arrêts examinés: *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *R. c. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6; **arrêts mentionnés:** *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1)a), (2), (3)c), 590(3), 591(3)a) [mod. L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 119], (4) [mod. *idem*], 645(5) [mod. *ibid.*, art. 133], 676(1)a), 686(4)a), b)(i), 693(1) [mod. *ibid.*, art. 146], b) [mod. L.R.C. (1985), ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].

Doctrine citée

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Release No. 10. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).
Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.
Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 120 A.R. 391, qui a rejeté un appel interjeté contre un acquittement prononcé au procès par le juge Hope à la suite d'une ordonnance de séparation de l'acte d'accusation rendue avant le procès par le juge McDonald en chambre. Pourvoi accueilli.

Goran Tomljanovic, pour l'appelante.

Robert B. White, c.r., et *D. Stam*, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Plusieurs questions se posent dans le présent pourvoi. Premièrement, notre Cour est-elle compétente pour examiner une ordonnance de division et de séparation des chefs d'un acte d'accusation rendue avant le procès? Deuxièmement, dans l'affirmative, y a-t-il lieu

mony of various witnesses. Finally, did the trial judge err in granting the respondent's motion for a non-suit and entering acquittals?

I. Facts

The respondent was a family physician practising in Edmonton. The respondent was charged with 14 counts of sexual assault involving seven complainants who were his patients at all relevant times. The assaults were alleged to have occurred while the complainants attended at the respondent's office for medical treatment and diagnosis. Each of the complainants consented to being touched in intimate areas of her body but that consent was predicated upon the touching being carried out for valid medical purposes.

Prior to trial, the respondent applied for an order that each of the counts alleged against him be tried separately. He requested in the alternative that the counts be severed by complainant. McDonald J., who was not the trial judge, heard the application. He did not order a separate trial for each count, but instead ordered that three different trials be held depending on the part of the complainant's body that was involved in the assault. McDonald J. ordered one trial for allegations involving the complainants' genitalia, a second trial for allegations concerning the complainants' breasts, and a third trial for any other matters. This resulted in an order that not only severed but also divided counts, such that separate trials were to be held for events that occurred within one visit to the respondent's office by the same complainant.

The respondent elected to be tried by judge alone. The Crown proceeded to trial first on those counts relating to vaginal examinations (nine counts in total), and sought to have the admissibility of the evidence relating to the severed counts

d'annuler l'ordonnance rendue en l'espèce? La troisième question en litige dans le présent pourvoi concerne l'admissibilité du témoignage de diverses personnes. Enfin, le juge du procès a-t-il commis une erreur en faisant droit à la requête en non-lieu de l'intimé et en inscrivant des acquittements?

I. Les faits

L'intimé était un médecin de famille qui exerçait sa profession à Edmonton. Il a fait l'objet de 14 chefs d'agression sexuelle impliquant sept plaignantes qui étaient ses patientes aux époques pertinentes. Il était allégué que les agressions sexuelles avaient été commises pendant que les plaignantes se trouvaient dans le cabinet de l'intimé pour recevoir un traitement médical ou un diagnostic. Chacune des plaignantes a consenti à ce que l'intimé lui touche les parties intimes, mais ce consentement était assujéti à la condition que l'attouchement soit fait à des fins médicales valables.

Avant le procès, l'intimé a sollicité une ordonnance enjoignant d'instruire séparément chacun des chefs d'accusation portés contre lui. Il a demandé subsidiairement la séparation des chefs par plaignante. Le juge McDonald, qui n'était pas le juge du procès, a entendu la requête. Il a ordonné non pas la tenue d'un procès distinct pour chaque chef, mais plutôt la tenue de trois procès distincts selon la partie du corps de la plaignante qui était en cause dans l'agression. Le juge McDonald a ordonné que trois procès soient tenus: les deux premiers portant sur les allégations relatives aux organes génitaux et aux seins respectivement, et le troisième sur toutes les autres questions. Il en est résulté une ordonnance non seulement de séparation mais encore de division des chefs d'accusation, de sorte que des procès distincts devraient être tenus pour les événements survenus à l'égard de la même plaignante dans le cadre d'une seule et même consultation dans le cabinet de l'intimé.

L'intimé a choisi d'être jugé par un juge seul. Le ministère public a commencé par le procès sur les chefs relatifs aux examens vaginaux (neuf chefs en tout) et a demandé qu'un voir-dire soit tenu au début du procès afin de déterminer l'admissibilité

determined at a *voir dire* at the outset of the trial. Hope J., the trial judge, refused to hold a *voir dire* and ruled that the Crown could proceed by calling all of the evidence relating to the severed counts, subject to a subsequent ruling on admissibility. The Crown called all of the evidence relating to the severed counts, as well as the evidence of the complainants in the trial going to the counts before the court and the evidence of two medical experts. After a *voir dire* during the trial, the trial judge admitted the evidence of the police officer who testified to the respondent's statement to the police. After another *voir dire*, the trial judge refused to admit the evidence of several other women who stated on the *voir dire* that they had experienced similar assaults by the respondent. He also refused to admit the testimony of the respondent's ranking medical officer as to counselling the respondent had received from her after complaints were lodged against the respondent while he practised in the military. The trial judge subsequently ruled all the evidence relating to the severed counts inadmissible as irrelevant or, even if relevant, too prejudicial.

At the close of the Crown's case, the respondent brought a motion for a non-suit. The trial judge granted the application and the respondent was acquitted. The Crown's appeal was dismissed by the Court of Appeal (1992), 120 A.R. 391, and this Court granted leave to appeal.

II. Relevant Legislation

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended:

265. (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault

de la preuve concernant les chefs séparés. Le juge Hope, qui était le juge du procès, a refusé de tenir un *voir-dire* et a décidé que le ministère public pouvait présenter toute la preuve relative aux chefs séparés, sous réserve d'une décision ultérieure sur son admissibilité. Le ministère public a présenté tous les témoignages relatifs aux chefs séparés, le témoignage des plaignantes au cours du procès touchant les chefs dont la cour était saisie, ainsi que celui de deux experts en médecine. Après avoir tenu un *voir-dire* durant le procès, le juge du procès a admis le témoignage qu'un policier a donné au sujet de la déclaration de l'intimé à la police. À la suite d'un autre *voir-dire*, le juge du procès a refusé d'admettre le témoignage de plusieurs autres femmes qui ont déclaré, lors du *voir-dire*, avoir été victimes d'agressions de même nature de la part de l'intimé. Il a également refusé d'admettre le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé quant aux conseils qu'elle lui avait donnés après que des plaintes eurent été déposées contre lui au moment où il exerçait la médecine dans l'armée. Le juge du procès a décidé ensuite que tous les témoignages relatifs aux chefs séparés étaient inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents ou que, même s'ils étaient pertinents, ils étaient trop préjudiciables.

À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, l'intimé a présenté une requête en non-lieu. Le juge du procès a fait droit à la requête et l'intimé a été acquitté. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public (1992), 120 A.R. 391, et notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi.

II. Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46 et ses modifications:

265. (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles . . .

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

(c) fraud

590. . . .

(3) The court may, where it is satisfied that the ends of justice require it, order that a count be amended or divided into two or more counts, and thereupon a formal commencement may be inserted before each of the counts into which it is divided.

591. . . .

(3) The court may, where it is satisfied that the interests of justice so require, order

(a) that the accused or defendant be tried separately on one or more of the counts; . . .

(4) An order under subsection (3) may be made before or during the trial

645. . . .

(5) In any case to be tried with a jury, the judge before whom an accused is or is to be tried has jurisdiction, before any juror on a panel of jurors is called pursuant to subsection 631(3) and in the absence of any such juror, to deal with any matter that would ordinarily or necessarily be dealt with in the absence of the jury after it has been sworn.

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial. . . .

693. (1) Where a judgment of a court of appeal . . . dismisses an appeal taken pursuant to para-

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

c) . . . de la fraude;

590. . . .

(3) Lorsqu'il est convaincu que les fins de la justice l'exigent, le tribunal peut ordonner qu'un chef d'accusation soit modifié ou divisé en deux ou plusieurs chefs et, dès lors, un préambule formel peut être inséré avant chacun des chefs en lesquels il est divisé.

591. . . .

(3) Lorsqu'il est convaincu que les intérêts de la justice l'exigent, le tribunal peut ordonner:

a) que l'accusé ou le défendeur subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d'accusation;

(4) Une ordonnance visée au paragraphe (3) peut être rendue avant ou pendant le procès. . .

645. . . .

(5) Dans le cas d'un procès par jury, le juge peut, avant que les candidats-jurés ne soient appelés en vertu du paragraphe 631(3) et en l'absence de ceux-ci, décider des questions qui normalement ou nécessairement feraient l'objet d'une décision en l'absence du jury, une fois celui-ci constitué.

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement d'un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquiescement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel [. . .] rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa

graph 676(1)(a), . . . the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

676(1)a), [. . .] le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada. ^a

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

III. Issues

III. Les questions en litige

1. Does this Court have jurisdiction to review a pre-trial severance order? ^b

1. Notre Cour est-elle compétente pour examiner une ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès?

2. If so, should the pre-trial severance order be set aside? ^c

2. Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès?

3. Should any of the evidence excluded by the trial judge have been admitted? ^c

3. Y aurait-t-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés par le juge du procès?

4. Did the trial judge err in granting a non-suit? ^d

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en accordant un non-lieu?

IV. Analysis

IV. Analyse

Before directly discussing the issues raised in this appeal, I think it is important to keep in mind the nature of the offence of sexual assault as well as the specific manifestation of the alleged sexual assaults in a doctor-patient relationship. ^e

Avant d'analyser directement les questions en litige dans le présent pourvoi, je pense qu'il importe de ne pas oublier la nature de l'infraction d'agression sexuelle, ainsi que la forme particulière que revêtent les agressions sexuelles alléguées dans le cadre d'une relation médecin-patient. ^f

The sexual aspect of a sexual assault forms part of the *actus reus*; there is no requirement that a person accused of sexual assault have any *mens rea* with respect to the sexual nature of a sexual assault. This was the holding of this Court in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, which decided that sexual assault is a crime of general intent and that the Crown did not have to prove a specific intent with respect to the sexual nature of the assault. As McIntyre J. wrote for the Court at p. 302: ^g

L'aspect sexuel d'une agression sexuelle fait partie de l'*actus reus*; il n'est pas nécessaire qu'il y ait *mens rea* chez la personne accusée d'agression sexuelle relativement à la nature sexuelle de l'infraction. C'est ce qui a été décidé dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, où notre Cour a conclu que l'agression sexuelle est un crime qui requiert une intention générale et que le ministère public n'avait pas à prouver l'existence d'une intention spécifique relativement à la nature sexuelle de l'agression. Comme le juge McIntyre l'affirme, au nom de la Cour, à la p. 302: ^h

The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual. . . . It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances. ⁱ

L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. [. . .] Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances.

The test to be applied in determining whether an accused's conduct had the requisite nature to constitute a sexual assault is therefore an objective one. As this Court indicated in *Chase*, all the circumstances surrounding the conduct in question will be relevant to the question of whether the touching was of a sexual nature and violated the complainant's sexual integrity. It is therefore important in individual cases that courts not create unnecessary barriers to considering all the circumstances surrounding conduct which is alleged to constitute a sexual assault. This is particularly true where the complainant has consented to some touching but not to touching of a sexual nature: in such a case, the court must have at its disposal as much relevant information as possible in order to determine whether the conduct was of a nature to which the complainant did not consent.

The importance of looking to all the circumstances surrounding an accused's impugned conduct is thrown into relief by a case such as that under consideration in this appeal, where a doctor-patient relationship is concerned. Certainly, medical evidence will be important to assessing the nature of an accused physician's conduct. However, when determining whether a complainant in fact consented to that which occurred, courts must also ensure that they neither ignore the testimony of a patient who complains of sexual assault nor underestimate the position of vulnerability in which a patient often finds herself when she is in the care of a professional medical doctor. All of the opinions in the judgment of this Court in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, recognized the imbalance of power that may occur between a doctor and a patient where an alleged sexual assault is concerned.

La Forest J. (Gonthier and Cory JJ. concurring) stated at p. 258: "An unequal distribution of power is frequently a part of the doctor-patient relationship". McLachlin J., who also wrote for L'Heureux-Dubé J., focused on the fiduciary

Le critère qu'il faut appliquer pour déterminer si la conduite d'un accusé était de la nature requise pour constituer une agression sexuelle est donc un critère objectif. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Chase*, toutes les circonstances entourant la conduite en question seront pertinentes pour déterminer si l'attouchement était de nature sexuelle et s'il a porté atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante. Il est donc important dans chaque cas que le tribunal ne crée pas d'obstacle inutile à la prise en compte de toutes les circonstances entourant la conduite qui, allègue-t-on, constitue une agression sexuelle. Cela est particulièrement vrai lorsque la plaignante a consenti à un certain attouchement, mais non à un attouchement de nature sexuelle: en pareil cas, le tribunal doit disposer du plus grand nombre possible de renseignements pertinents pour pouvoir déterminer si la conduite était de la nature de celle à laquelle la plaignante n'avait pas consenti.

Une affaire comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, où il est question d'une relation médecin-patient, fait ressortir l'importance de prendre en considération toutes les circonstances de la conduite reprochée à un accusé. Il est certain que la preuve médicale sera importante pour apprécier la nature de la conduite du médecin accusé. Toutefois, pour déterminer si une plaignante a effectivement consenti à ce qui s'est produit, le tribunal doit également s'assurer de ne pas écarter le témoignage d'une patiente qui se plaint d'une agression sexuelle et de ne pas sous-estimer la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve souvent la patiente qui se fait traiter par un médecin. Toutes les opinions rédigées dans l'arrêt de notre Cour *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, reconnaissent l'inégalité du rapport de force qui peut exister entre un médecin et sa patiente dans le cas d'une allégation d'agression sexuelle.

Le juge La Forest (aux motifs duquel ont souscrit les juges Gonthier et Cory) affirme, à la p. 258: «L'inégalité du rapport de force caractérise fréquemment la relation médecin-patient». Le juge McLachlin, qui s'est exprimée également au nom

nature of the doctor-patient relationship and wrote at p. 272:

I think it is readily apparent that the doctor-patient relationship shares the peculiar hallmark of the fiduciary relationship — trust, the trust of a person with inferior power that another person who has assumed superior power and responsibility will exercise that power for his or her good and only for his or her good and in his or her best interests.

Thus the nature of a complainant's relationship to her alleged assaulter, including the patient's lack of power and knowledge as well as the doctor's duty to perform medical examinations only for the good of the patient and in the patient's best interest, must be kept in mind when determining whether the patient in fact consented to the conduct in question. As Sopinka J. wrote in *Norberg* at p. 304 in the context of tortious sexual battery:

In assessing the reality of consent and the existence and impact of any of the factors that tend to negate true consent, it is important to take a contextually sensitive approach. In relation to medical procedures, several courts have emphasized the need to consider all relevant surrounding circumstances in assessing whether there was valid consent . . .

Certain relationships, especially those in which there is a significant imbalance in power or those involving a high degree of trust and confidence may require the trier of fact to be particularly careful in assessing the reality of consent.

With these considerations in mind, I now turn to the issues in this case.

1. *Does this Court have jurisdiction to review a pre-trial division and severance order?*

As an introductory matter, McDonald J. should have noted that he was not only severing the existing counts in the indictment but was also

du juge L'Heureux-Dubé, s'est concentrée sur la nature fiduciaire de la relation médecin-patient, écrivant à la p. 272:

Il me semble évident que la relation médecin-patient comporte la caractéristique propre au lien fiduciaire, soit la confiance, la confiance d'une personne, ayant des pouvoirs restreints, qu'une autre personne, investie de pouvoirs et de responsabilités plus grands, exercera ce pouvoir pour son bien et uniquement pour son bien et agira au mieux de ses intérêts.

Donc, quand il s'agit de déterminer si la patiente a effectivement consenti à la conduite en cause, il faut tenir compte de la nature de la relation qui existait entre la plaignante et son présumé agresseur, y compris l'absence de position de force chez la patiente et son manque de connaissances, ainsi que de l'obligation du médecin de ne faire des examens médicaux que pour le bien de la patiente et dans l'intérêt de celle-ci. Comme l'affirme le juge Sopinka, à la p. 304 de l'arrêt *Norberg*, dans le contexte du délit de voies de fait de nature sexuelle:

Pour évaluer le caractère réel du consentement ainsi que l'existence et l'effet des facteurs qui tendent à vicier le consentement véritable, il est important d'adopter une approche qui tienne compte du contexte. En ce qui a trait aux procédures médicales, plusieurs tribunaux ont souligné qu'il était nécessaire d'examiner toutes les circonstances les entourant pour évaluer la validité du consentement . . .

Certaines relations, particulièrement celles dans lesquelles il existe une inégalité importante du rapport de force ou celles qui comportent un haut degré de confiance, peuvent obliger le juge des faits à prendre un soin particulier pour évaluer le caractère réel du consentement.

Tout en gardant à l'esprit ces considérations, je passe maintenant à l'examen des questions en litige dans la présente affaire.

1. *Notre Cour est-elle compétente pour examiner une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès?*

À titre préliminaire, le juge McDonald aurait dû constater qu'il se trouvait non seulement à séparer les chefs d'accusation existants mais encore à les