

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Darryl Gordon Park *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PARK

File No.: 23876.

1994: December 7; 1995: June 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

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

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

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Darryl Gordon Park *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. PARK

N° du greffe: 23876.

1994: 7 décembre; 1995: 22 juin.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

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

Statutes and Regulations Cited

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

Authors Cited

Great Britain. Advisory Group on the Law of Rape. *Report of the Advisory Group on the Law of Rape*. London: HMSO, 1975.
Vandervort, Lucinda. "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233.

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

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

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

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

Lois et règlements cités

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

Doctrine citée

Grande-Bretagne. Advisory Group on the Law of Rape. *Report of the Advisory Group on the Law of Rape*. London: HMSO, 1975.
Vandervort, Lucinda. «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233.

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

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

Paul C. Bourque, for the appellant.

Alan S. Rudakoff, for the respondent.

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

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

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

The following are the reasons delivered by

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

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

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

Paul C. Bourque, pour l'appelante.

Alan S. Rudakoff, pour l'intimé.

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

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

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

Les motifs suivants ont été rendus par

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

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

I. Relevant Statutory Provisions

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

265. (1) A person commits an assault when

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

...

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

...

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

II. Facts and Judgments

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

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

I. Les dispositions législatives pertinentes

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

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

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

...

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

...

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci. [Je souligne.]

II. Les faits et les jugements

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Analysis

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

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

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

III. Analyse

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

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

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

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

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

Before any obligation arises to put defences, there must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and it is only where such an evidentiary basis is present that a trial judge must put a defence.

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

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

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

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

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

Pour qu’une obligation naisse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et ce n’est que dans ce cas que le juge doit le soumettre.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. Application of the "Air of Reality" Threshold

1. Assertion of an Honest Belief in Consent

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

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

Mistake is a defence . . . where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts. [Emphasis added.]

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

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

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

1. L'allégation de la croyance sincère au consentement

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

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

L'erreur constitue [. . .] un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés. [Je souligne.]

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

the defence of mistake of fact to claim that he has acted innocently as a result of a mistaken perception. In the vast majority of cases, one might seriously doubt that there is an air of reality to the defence of mistake of fact if the accused fails even to assert any belief that the man was a deer. In such circumstances, the mistake of fact defence, for all intents and purposes, generally requires the accused to assert a belief or misperception relating to an essential element of the *actus reus*, the existence of which is generally not otherwise in dispute, in order to imbue that defence with an air of reality.

vraisemblablement la défense d'erreur de fait en soutenant qu'il a agi innocemment sous le coup d'une perception erronée. Dans la vaste majorité des cas, on pourrait douter sérieusement de la vraisemblance de la défense d'erreur de fait si l'accusé ne prétendait même pas avoir cru que la personne abattue était un chevreuil. Dans de telles circonstances, la défense d'erreur de fait requiert généralement, à toutes fins pratiques, que l'accusé allègue une croyance ou une perception erronée concernant un élément essentiel de l'*actus reus*, dont l'existence n'est généralement pas contestée par ailleurs, afin de conférer une vraisemblance à ce moyen de défense.

16

Transferring this practical consequence to the context of sexual assault is more problematic, however. In the context of sexual assault, proof of the *actus reus* includes proof of the fact that the complainant was not, in fact, consenting. By the very nature of sexual assault, however, the issue of actual consent is almost always materially in dispute. For the accused to assert a belief which he acknowledges to be mistaken (i.e., a misperception), he would essentially have to assert a belief that implicitly concedes the *actus reus* of the offence — i.e., the non-consent. It is inappropriate to suggest that an accused should have to assist the Crown in proving the *actus reus* of the offence, by admitting that “perhaps he was mistaken about her consent”, in order to rely on the mistaken belief defence. Given that consent is, itself, a mental state experienced only by the complainant, an accused's assertion that the complainant consented must mean that he in fact believed she was consenting (see Lamer J., concurring, in *Bulmer, supra*, at p. 799). The distinction between asserting a belief in consent and asserting consent, itself, is therefore both artificial and potentially misleading. Assault differs importantly from most other *Code* offences in its interaction with the mistake of fact defence. Under most other offences, mistake of fact will primarily arise in contexts in which the *actus reus* of the offence is beyond dispute. Assaults raise a unique problem in that the mental state of another person (i.e., consent or lack thereof) is an essential element that is relevant to both the *actus reus* and

Transposer cette conséquence pratique dans le contexte d'une agression sexuelle se révèle toutefois plus problématique. En matière d'agression sexuelle, la preuve de l'*actus reus* comporte la preuve du fait que la plaignante n'était pas consentante en réalité. Cependant, en raison de la nature même de l'agression sexuelle, la question du consentement réel est presque toujours l'objet d'un débat important. Pour que l'accusé puisse alléguer une croyance qu'il reconnaît comme étant erronée (c.-à-d. une perception erronée), il lui faudrait essentiellement alléguer une croyance qui concède implicitement l'existence de l'*actus reus* de l'infraction — c.-à-d. l'absence de consentement. Il n'est pas approprié de suggérer que l'accusé devrait être tenu d'aider le ministère public à faire la preuve de l'*actus reus* de l'infraction, en reconnaissant qu'«il s'est peut-être trompé au sujet du consentement de la victime», pour qu'il lui soit possible d'invoquer la défense de croyance erronée. Comme le consentement constitue lui-même un état d'esprit qui n'existe que chez la plaignante, l'affirmation de l'accusé selon laquelle cette dernière était consentante doit signifier qu'il croyait en fait qu'elle était consentante (voir l'opinion concordante du juge Lamer dans l'arrêt *Bulmer*, précité, à la p. 799). La distinction entre l'allégation d'une croyance au consentement et celle de l'existence du consentement lui-même est donc à la fois artificielle et susceptible d'induire en erreur. Il existe, dans son interaction avec la défense d'erreur de fait, une différence importante entre une

the *mens rea* of the offence — an element which almost invariably is materially in dispute.

McIntyre J. made it clear in *Bulmer, supra*, at pp. 790-91, that the absence or presence of an actual statement by the accused alleging mistaken belief is of limited significance to the determination of whether or not there exists any air of reality to that defence:

The question he must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? To answer this question, he must consider all the evidence, all the circumstances. The statement of the accused alleging a mistaken belief will be a factor but will not by itself be decisive, and even in its total absence, other circumstances might dictate the putting of the defence. [Emphasis added.]

I must respectfully go even further. Where the accused asserts that the complainant actually consented, then it is artificial to inquire further into whether he also expressed a belief that she was consenting. The absence or presence of an actual statement indicating a belief in consent is of no consequence in all but the most unusual of cases. Presuming that the accused is *de facto* asserting such a belief, the more fundamental question is whether that belief is an honest belief, capable of supporting the defence of honest but mistaken belief in consent (see *Osolin, supra*, at p. 649, *per* McLachlin J.). It is to this question that we must now turn.

2. The “Corroboration” Requirement

Independent corroboration implies objectivity and reliability. Where there is “independent” evi-

agression sexuelle et la plupart des autres infractions prévues au *Code*. Dans ce dernier cas, l'erreur de fait se présentera surtout dans des contextes où l'*actus reus* de l'infraction est incontestable. Les agressions sexuelles, par contre, posent un problème particulier en ce sens que l'état d'esprit d'une autre personne (c.-à-d. le consentement ou l'absence de consentement) constitue un élément essentiel qui est pertinent à l'égard à la fois de l'*actus reus* et de la *mens rea* de l'infraction, un élément qui, presque invariablement, fait l'objet d'un débat important.

Le juge McIntyre a explicité, aux pp. 790 et 791 de l'arrêt *Bulmer*, précité, que l'existence ou l'absence d'allégation précise de croyance erronée, par l'accusé, ne revêt qu'une importance limitée pour ce qui est de déterminer si ce moyen de défense est vraisemblable:

La question à laquelle il doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances. La déclaration de l'accusé alléguant une croyance erronée constituera un facteur mais ne sera pas en elle-même décisive et, même en l'absence de cette déclaration, d'autres circonstances pourraient commander la présentation de la défense. [Je souligne.]

Je dois, en toute déférence, aller encore plus loin. Lorsque l'accusé affirme que la plaignante était vraiment consentante, il est alors factice de s'enquérir plus avant s'il a aussi dit croire qu'elle était consentante. L'existence ou l'absence de déclaration spécifique faisant état d'une croyance au consentement ne porte à conséquence que dans les cas les plus inusités. Présument que l'accusé allègue effectivement une telle croyance, la question plus fondamentale est de savoir s'il est question d'une croyance sincère, susceptible de justifier la défense de croyance sincère mais erronée au consentement (voir l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 649, le juge McLachlin). C'est cette question qu'il nous faut maintenant examiner.

2. L'exigence de «corroboration»

La corroboration indépendante implique objectivité et fiabilité. Lorsqu'il existe une preuve «indé-

dence, particularly real evidence, corroborating an accused's testimony with respect to a particular defence, then a court can generally conclude that, as a matter of law, there is an "air of reality" to that defence. As a purely practical matter, courts have a more difficult time in deciding what to do in circumstances where there is an absence of "independent" corroborative evidence. Sexual assault, by virtue of the fact that it is often not witnessed by anyone other than the complainant and the accused and by virtue of the fact that it does not require proof of visible physical injury to the complainant, raises special problems in this respect.

19 In *Pappajohn, supra*, at p. 133, McIntyre J. made the following observation about the circumstances in which an "air of reality" would exist for the defence of mistaken belief of consent:

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality. [Emphasis added.]

He subsequently explained what he had meant by this statement, in *Bulmer, supra*, at p. 790:

These words appear, on occasion, to have been misunderstood, but I do not withdraw them. 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 [the trial judge] must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence? To answer this question, he must consider all the evidence, all the circumstances.

More recently in *Osolin, supra*, at pp. 686-87, Cory J. reiterated this point:

There is no requirement that there be evidence independent of the accused in order to have the defence put to the jury. However, the mere assertion by the accused that "I believed she was consenting" will not be suffi-

pendante», surtout matérielle, qui corrobore le témoignage d'un accusé relativement à un moyen de défense donné, le tribunal peut alors généralement conclure que, du point de vue juridique, ce moyen de défense est «vraisemblable». Sur le plan purement pratique, il est plus difficile aux tribunaux de décider quoi faire dans une situation où il y a absence de preuve corroborante «indépendante». L'agression sexuelle pose des problèmes particuliers à cet égard, du fait qu'il n'y a souvent pas d'autres témoins que la plaignante et l'accusé et du fait qu'elle n'exige pas la preuve que la plaignante a subi des lésions corporelles visibles.

Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 133, le juge McIntyre formule l'observation suivante au sujet des circonstances dans lesquelles la défense de croyance erronée au consentement serait «vraisemblable»:

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance. [Je souligne.]

Par la suite, dans l'arrêt *Bulmer*, précité, aux pp. 790 et 791, le juge McIntyre explique ce qu'il entendait par là:

Ces termes paraissent, à l'occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. 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 [le juge du procès] doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l'espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable? Pour répondre à cette question, il doit examiner tous les éléments de preuve, toutes les circonstances.

Plus récemment, dans l'arrêt *Osolin*, précité, aux pp. 686 et 687, le juge Cory réitère ce point de vue:

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante de l'accusé pour que ce moyen de défense soit soumis au jury. Toutefois, il ne suffit pas que l'accusé affirme simplement «je croyais qu'elle consentait». Il

cient. What is required is that the defence of mistaken belief be supported by evidence beyond the mere assertion of a mistaken belief

. . . The requisite evidence may come from the detailed testimony of the accused alone, on this issue or from the testimony of the accused coupled with evidence from other sources. For example, the complainant's testimony may supply the requisite evidence. [Emphasis added.]

McLachlin J.'s remarks in *Osolin* on this issue (at pp. 649-50) are equally apposite:

. . . the accused's mere assertion of his belief is not evidence of its honesty. The requirement that the belief be honestly held is not equivalent to an objective test of what the reasonable person would have believed. But nevertheless it does require some support arising from the circumstances. A belief which is totally unsupported is not an honestly held belief. A person who honestly believes something is a person who has looked at the circumstances and has drawn an honest inference from them. Therefore, for a belief to be honest, there must be some support for it in the circumstances A person who commits a sexual assault without some support in the circumstances for inferring the consent of the complainant has, at very least, been wilfully blind as to consent. [Emphasis added.]

Sopinka J. preferred, at pp. 654-55, to characterize the "air of reality" test more simply, as an ordinary evidentiary burden on an accused to adduce sufficient evidence to justify a defence being put to a jury. In many ways, he is correct. I think, however, that the unique social and legal context of sexual assault, including the uncommon frequency with which the mistake of fact defence is raised, make it necessary for this Court to elaborate somewhat on that standard.

Essentially, for there to be an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief in consent, the totality of the evidence for the accused must be reasonably and realistically capable of supporting that defence. Although there is not, strictly speaking, a requirement that the evidence be corroborated, that evidence must amount to something more than a bare assertion. There must be some support for it in the circumstances. The

faut que la défense de la croyance erronée soit étayée par une preuve qui va plus loin que la seule affirmation en ce sens. . .

. . . La preuve nécessaire peut provenir du seul témoignage détaillé de l'accusé sur cette question ou de son témoignage corroboré par celui d'autres sources. Par exemple, le témoignage du plaignant peut fournir les éléments de preuve nécessaires. [Je souligne.]

Les remarques que le juge McLachlin fait à ce sujet, dans l'arrêt *Osolin* (aux pp. 649 et 650), sont tout aussi pertinentes:

. . . le simple fait d'affirmer sa croyance ne constitue pas la preuve de sa sincérité. L'exigence d'une croyance sincère n'équivaut pas au critère objectif de la croyance raisonnable, mais elle exige néanmoins un certain appui dans les circonstances. Une croyance totalement non fondée n'est pas une croyance sincère. Celui qui croit sincèrement à un état de fait est celui qui a examiné les circonstances et qui en a tiré une inférence honnête. Pour être sincère, la croyance doit donc découler dans une certaine mesure des circonstances. [. . .] La personne qui commet une agression sexuelle en l'absence de circonstances permettant d'inférer le consentement du plaignant a, à tout le moins, fait preuve d'ignorance volontaire quant au consentement. [Je souligne.]

Aux pages 654 et 655, le juge Sopinka préfère caractériser plus simplement le critère de la «vraisemblance», en disant qu'il s'agit de l'obligation qu'a ordinairement l'accusé de produire une preuve suffisante pour soumettre un moyen de défense donné à l'appréciation d'un jury. À bien des égards, le juge Sopinka a raison. Je crois, cependant, que le contexte sociojuridique particulier de l'agression sexuelle, y compris la fréquence inhabituelle du recours à la défense d'erreur de fait, oblige notre Cour à apporter quelques précisions sur cette norme.

Essentiellement, pour que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement soit «vraisemblable», il faut que l'ensemble de la preuve produite pour l'accusé soit, d'une manière raisonnable et réaliste, susceptible d'étayer ce moyen de défense. Bien qu'il n'y ait, à vrai dire, aucune exigence de corroboration de la preuve, celle-ci doit être plus qu'une simple assertion. Les circonstances doivent l'appuyer de quelque

search for support in the whole body of evidence or circumstances can complement any insufficiency in legal terms of the accused's testimony. The presence of "independent" evidence supporting the accused's testimony will only have the effect of improving the chances of the defence. The judge's role is limited to ascertaining whether the accused has discharged the evidentiary burden imposed by s. 265(4) of the *Code*.

manière. La recherche d'un appui dans l'ensemble de la preuve ou des circonstances peut, sur le plan juridique, suppléer à toute carence du témoignage de l'accusé. L'existence d'une preuve «indépendante» appuyant le témoignage de l'accusé n'aura pour effet que d'améliorer les chances de la défense. Le rôle du juge ne consiste qu'à vérifier si l'accusé s'est acquitté du fardeau de preuve que lui impose le par. 265(4) du *Code*.

21

As a corollary, in the absence of some other evidence supporting such a defence, it is difficult to imagine situations in which there will be sufficient evidence to put the defence of mistaken belief to the jury where an accused does not testify (see *R. v. Reddick*, [1991] 1 S.C.R. 1086). Finally, for practical and policy reasons which shall be discussed below, courts must be wary of being too ready to put the mistaken belief defence to the jury. We must recall that it is the rare exception rather than the general rule that a sexual assault will have been committed by accident. As McLachlin J. observed in *Osolin*, *supra*, at p. 648, the defence of mistake of fact has only really received special attention in the context of sexual assault trials because of the frequency with which that defence is asserted without evidentiary foundation.

À titre de corollaire, en l'absence de quelque autre élément de preuve étayant un tel moyen de défense, on peut difficilement concevoir des cas où il existera une preuve suffisante pour que la défense de croyance erronée puisse être soumise à l'appréciation du jury dans le cas où l'accusé ne témoigne pas (voir *R. c. Reddick*, [1991] 1 R.C.S. 1086). Enfin, pour des raisons pratiques et de principe dont il sera question plus loin, les tribunaux doivent veiller à ne pas se montrer trop empressés de soumettre à l'appréciation du jury la défense de croyance erronée. Il faut se rappeler que les agressions sexuelles commises accidentellement sont l'exception et non la règle. Comme le fait remarquer le juge McLachlin dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 648, si la défense d'erreur de fait n'a vraiment suscité une attention particulière que dans le contexte des procès pour agression sexuelle, cela est dû au fait qu'elle y est fréquemment invoquée sans qu'elle soit fondée sur la preuve.

3. Diametrically Opposed Stories

3. Les récits diamétralement opposés

22

It is true that in cases where the defence of honest but mistaken belief is not put to the jury, there is often a considerable divergence between the evidence of the accused and that of the complainant (*Pappajohn*, *supra*; *R. v. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73 (Ont. C.A.); *R. v. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (B.C.C.A.); *R. v. Osolin*, *supra*; and *R. v. Livermore* (1994), 18 O.R. (3d) 221 (C.A.)). The significance of diametrically opposing stories is often misunderstood in two respects, however.

Il est vrai que, dans les cas où la défense de croyance sincère mais erronée n'est pas soumise à l'appréciation du jury, il y a souvent une divergence considérable entre la preuve de l'accusé et celle de la plaignante (*Pappajohn*, précité; *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73 (C.A. Ont.); *R. c. White* (1986), 24 C.C.C. (3d) 1 (C.A.C.-B.); *R. c. Osolin*, précité; et *R. c. Livermore* (1994), 18 O.R. (3d) 221 (C.A.)). Toutefois, la signification de récits diamétralement opposés est souvent mal comprise à deux égards.

23

First, it is important to recall that the two individuals' stories are only relevant to guilt or innocence of sexual assault in so far as they relate in some way to the circumstances affecting the par-

Premièrement, il importe de rappeler que les récits des deux personnes en question ne sont pertinents, relativement à la culpabilité ou à l'innocence en matière d'agression sexuelle, que dans la

ties at the time of the alleged assault. Beyond evidence such as the location and time of the alleged assault and the conduct of the two parties at that time, this includes relevant and admissible background facts which explain how the accused could have honestly interpreted the complainant's conduct at the time of the alleged assault to mean that she was consenting. For instance, this Court has recognized that passivity may express lack of consent (*R. v. M. (M.L.)*, [1994] 2 S.C.R. 3). Taken together with passive behaviour by the complainant, earlier acts, gestures or incidents may in certain cases colour the accused's perception of the complainant's behaviour, and serve as relevant evidence in assessing the existence or air of reality of an honest but mistaken belief in actual consent. Those acts and gestures may form part of a broader context or continuum which is necessary to understand the accused's honest perception of the complainant's behaviour at the time of the alleged assault.

At the same time, it must always be remembered that consent, even if given at one point, may be withdrawn at any time. Consequently, it can be dangerous to assume that evidence capable of founding an honest belief on the part of the accused that the complainant would consent to sexual activity is informative of the real question at issue, which is whether the accused believed that the complainant in fact consented to that activity. An honest belief that the complainant would consent is not a defence to sexual assault where the accused is aware of, or wilfully blind or reckless as to, lack of consent at the time of the sexual activity. Only where an accused entertains an honest belief that the complainant actually does consent does this mistake render the sexual assault non-culpable. Absent some realistic showing of how earlier events could have influenced the accused's honest perceptions of the complainant's behaviour at the time of the actual assault, such evidence will

mesure où ils se rapportent de quelque manière aux circonstances qui les affectent au moment de la prétendue agression. Outre les éléments de preuve comme le lieu et l'heure de la prétendue agression, de même que la conduite des deux parties à ce moment-là, ces circonstances comprennent les faits pertinents et admissibles qui expliquent comment l'accusé a pu sincèrement considérer que la conduite de la plaignante, lors de la prétendue agression, laissait croire qu'elle était consentante. Par exemple, notre Cour a reconnu que la passivité peut indiquer une absence de consentement (*R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3). Conjugués à la passivité de la plaignante, des actes antérieurs, des gestes ou incidents peuvent, dans certains cas, fausser la perception qu'a l'accusé du comportement de la plaignante, et constituer des éléments de preuve pertinents pour établir l'existence ou la vraisemblance d'une croyance sincère mais erronée au consentement. Ces actes et gestes peuvent faire partie d'un contexte ou continuum plus général nécessaire pour comprendre la perception que l'accusé avait sincèrement de la conduite de la plaignante au moment de la prétendue agression.

En même temps, il faut toujours se rappeler que le consentement, même donné à un certain moment, peut être retiré en tout temps. En conséquence, il peut être dangereux de présumer que la preuve susceptible de justifier une croyance sincère, chez l'accusé, que la plaignante consentirait à des actes sexuels est instructive relativement à la véritable question en litige, qui est de savoir si l'accusé a cru que la plaignante consentait effectivement à ces actes. La croyance sincère que la plaignante consentirait ne constitue pas une défense en matière d'agression sexuelle lorsqu', au moment des actes sexuels, l'accusé est au courant de l'absence de consentement, l'ignore volontairement ou ne s'en soucie pas. Ce n'est que si l'accusé croit sincèrement que la plaignante est effectivement consentante que l'erreur rend non coupable l'agression sexuelle. À défaut de montrer, d'une manière réaliste, en quoi des événements antérieurs auraient pu influencer sur la perception que l'accusé avait sincèrement de la conduite de la plaignante au moment de l'agression même, une

not be capable of supporting, by itself, the defence of honest but mistaken belief in consent.

25

Secondly, the fact that stories are diametrically opposed, as well as the degree to which they are opposed, is but one factor in the air of reality determination. Instances in which stories are diametrically opposed and where there is no air of reality are, in fact, specific applications of the air of reality threshold. They are not intrinsic to the test, itself. The question is not whether two stories are so diametrically opposed that there can be no air of reality to the defence of mistaken belief in consent. This approach ignores the presence of other factors, such as corroborative evidence, which may nonetheless justify putting the defence of honest mistake to the jury (see *Bulmer, supra*). Rather, we must bear in mind that neither the version of the facts given by the complainant nor that given by the accused is necessarily a full and complete account of what actually took place and, as such, a jury may decide not to believe certain parts of each person's testimony. Thus, the question is whether, in the absence of other evidence lending an air of reality to the defence of honest mistake, a reasonable jury could cobble together some of the complainant's evidence and some of the accused's evidence to produce a sufficient basis for such a defence. Would the acceptance of one version necessarily involve the rejection of the other? Put another way, is it realistically possible for a properly instructed jury, acting judiciously, to splice some of each person's evidence with respect to the encounter, and settle upon a reasonably coherent set of facts, supported by the evidence, that is capable of sustaining the defence of mistaken belief in consent? If the stories cannot realistically be spliced in such a manner, then the issue really is purely one of credibility — of consent or no consent — and the defence of mistaken belief in consent should not be put to the jury.

telle preuve ne sera pas susceptible d'étayer, à elle seule, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Deuxièmement, le fait que des récits soient diamétralement opposés, ainsi que la mesure dans laquelle ils se contredisent, ne sont qu'un facteur à considérer en décidant de la vraisemblance. Les cas dans lesquels les récits sont diamétralement opposés et où il n'existe aucune vraisemblance représentent en fait des applications particulières du test de la vraisemblance. Ces cas ne constituent pas une partie intrinsèque du test lui-même. La question n'est pas de savoir si deux récits sont à ce point diamétralement opposés que la défense de croyance erronée au consentement ne peut être vraisemblable. Pareille approche fait abstraction d'autres facteurs, comme l'existence d'une preuve corroborante, qui peuvent néanmoins justifier de soumettre la défense d'erreur honnête à l'appréciation du jury (voir l'arrêt *Bulmer*, précité). Il faut plutôt se rappeler que ni la version des faits de la plaignante ni celle de l'accusé n'est nécessairement un compte rendu complet de ce qui s'est vraiment passé et que, pour cette raison, un jury peut décider de ne pas ajouter foi à certaines parties du témoignage de chacun d'eux. La question qui se pose est donc de savoir si, en l'absence d'autres éléments de preuve conférant une vraisemblance à la défense d'erreur honnête, un jury raisonnable pourrait combiner une partie de la preuve de la plaignante et une partie de la preuve de l'accusé, pour servir de justification suffisante à ce moyen de défense. L'acceptation d'une version impliquerait-elle nécessairement le rejet de l'autre? En d'autres termes, un jury qui a reçu des directives appropriées et qui agit judicieusement peut-il, de façon réaliste, retenir une partie du témoignage de chacun des intéressés relativement à l'incident pour en arriver à un ensemble de faits, raisonnablement cohérent et appuyé par la preuve, qui soit susceptible de justifier la défense de croyance erronée au consentement? S'il n'est pas réaliste de combiner ainsi les récits, alors il s'agit vraiment d'une simple question de crédibilité — de consentement ou d'absence de consentement —, et la défense de croyance erronée au consentement ne devrait pas être soumise à l'appréciation du jury.

To summarize, when the complainant and the accused give similar versions of the facts, and the only material contradiction is in their interpretation of what happened, then the defence of honest but mistaken belief in consent should generally be put to the jury, except in cases where the accused's conduct demonstrates recklessness or wilful blindness to the absence of consent. On the other hand, courts have generally refused to put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury when the accused clearly bases his defence on voluntary consent, and he also testifies that the complainant was an active, eager or willing partner, whereas the complainant testifies that she vigorously resisted. In such cases, the question is generally simply one of credibility, of consent or no consent.

C. *Absence of an Air of Reality*

It is apparent from the problems that judges, practitioners and academics have all encountered in finding a satisfactory means by which to apply the "air of reality" test that it is, indeed, a somewhat elusive standard to put into practice. There is more than one way, though, to approach every problem. Although it may be difficult to put into positive terms that which is necessary to satisfy the "air of reality" test, framing the test negatively can be a more fruitful endeavour. In other words, though it may be difficult to define in precise terms and as a matter of law the constituent components of "air of reality", it can be a simpler task to delimit with some degree of certainty when an "air of reality" is absent. I will refer to this approach as the "absence of air of reality", and preface the following observations with the very sharp reminder that the two tests are not the same: failure to find a readily ascertainable "absence of air of reality" using a particular legal test by no means precludes a finding that the "air of reality" threshold has nonetheless not been satisfied.

En résumé, lorsque la plaignante et l'accusé donnent une version semblable des faits et que la seule contradiction importante réside dans leur interprétation de ce qui est survenu, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement devrait alors généralement être soumise à l'appréciation du jury, sauf dans les cas où la conduite de l'accusé montre qu'il a ignoré volontairement l'absence de consentement ou qu'il ne s'en est pas soucié. Par contre, les tribunaux refusent généralement de soumettre à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, lorsque l'accusé fonde clairement sa défense sur un consentement délibéré et qu'il témoigne également que la plaignante a participé activement, passionnément et volontairement, tandis que cette dernière affirme avoir résisté énergiquement. En pareils cas, la question qui se pose généralement est une simple question de crédibilité, de consentement ou d'absence de consentement.

C. *L'absence de vraisemblance*

Il ressort des difficultés que juges, avocats et commentateurs ont tous éprouvées à trouver un moyen satisfaisant de l'appliquer, que le test de la «vraisemblance» constitue effectivement une norme plutôt difficile à mettre en application. Il existe, toutefois, plus d'une façon d'aborder un problème. Bien qu'il puisse être difficile d'exprimer d'une manière positive ce qu'il faut pour satisfaire au test de la «vraisemblance», il peut s'avérer plus utile d'en adopter une formulation négative. Autrement dit, bien qu'il puisse être difficile de définir avec précision les éléments constitutifs de la «vraisemblance» sur le plan juridique, il peut s'avérer plus simple de déterminer avec quelque certitude les cas où il y a absence de «vraisemblance». Je désignerai donc cette méthode comme étant celle de l'«absence de vraisemblance» et, avant de faire les observations qui suivent, je vais d'abord rappeler très nettement que les deux tests ne sont pas identiques: ce n'est pas parce qu'on n'a pu, à l'aide d'un critère juridique particulier, déceler une «absence de vraisemblance» facilement vérifiable qu'on se voit nécessairement empêché de conclure qu'il n'a quand même pas été satisfait

Rather, the former constitutes a subset of the latter. The following remarks elaborate on this approach.

28

The air of reality standard cannot be evaluated in light of the "totality of the evidence" without first breaking down that formless and undigested mass of evidence, distilling it, and finally analyzing it. It could, for instance, be divided into four "rough and ready" categories: (1) testimonial evidence which is materially in dispute (i.e., addressing facts about which the case for the complainant and the accused disagree in important respects); (2) real evidence, the existence, significance or appreciation of which is materially in dispute; (3) testimonial evidence which is not materially in dispute (i.e., addressing facts about which the complainant and accused do not disagree in important respects), and (4) real evidence, the existence, significance and appreciation of which is not materially in dispute.

29

For the purposes of deciding whether a defence should or should not go to the jury, real and testimonial evidence not materially in dispute (categories 3 and 4) are the "objective comparators" against which those aspects of the case for the accused which are materially in dispute (categories 1 and 2) may be measured. Where evidence supporting the accused which is materially in dispute is, realistically viewed, clearly logically inconsistent with evidence which is not materially in dispute, then it can be concluded as a matter of both law and logic that there can be no air of reality to the defence to which those logical inconsistencies relate. Whereas evaluations of the accused's case against evidence that is materially in dispute generally requires assessments as to credibility or as to the appropriate weight to be given to that evidence, evaluations against evidence that is not materially in dispute does not call for such a process and is therefore more properly characterized as a question of law than as a question of fact.

au test de la «vraisemblance». Au contraire, le premier constitue un aspect du second. Ce point de vue est explicité dans les observations qui suivent.

La norme de la vraisemblance ne saurait être évaluée en fonction de l'«ensemble de la preuve» sans d'abord décomposer cette masse informe et brute d'éléments de preuve, sans la distiller et, enfin, sans l'analyser. On pourrait, par exemple, la diviser en quatre catégories «rudimentaires», à savoir: (1) la preuve testimoniale qui est sérieusement contestée (c.-à-d. celle qui se rapporte à des faits concernant lesquels la preuve de la plaignante et celle l'accusé divergent à certains égards importants), (2) la preuve matérielle dont l'existence, l'importance ou l'appréciation sont sérieusement contestées, (3) la preuve testimoniale qui n'est pas sérieusement contestée (c.-à-d. celle qui se rapporte à des faits qui ne font l'objet d'aucun désaccord important de la part de la plaignante et de l'accusé), et (4) la preuve matérielle dont l'existence, l'importance et l'appréciation ne sont pas sérieusement contestées.

Pour décider s'il y a lieu ou non de soumettre un moyen de défense à l'appréciation du jury, les éléments de preuve matérielle et testimoniale qui ne sont pas sérieusement contestés (les catégories 3 et 4) constituent les «éléments de comparaison objectifs» en fonction desquels peuvent être mesurés les aspects de la preuve de l'accusé qui sont sérieusement contestés (les catégories 1 et 2). Lorsque, examinée d'un œil réaliste, la preuve en faveur de l'accusé qui est sérieusement contestée est manifestement et logiquement inconciliable avec la preuve qui n'est pas sérieusement contestée, on peut conclure alors, tant sur le plan du droit que sur celui de la logique, à l'invraisemblance du moyen de défense auquel se rapportent les contradictions constatées sur le plan de la logique. Bien que l'appréciation de la thèse de l'accusé par rapport à la preuve qui est sérieusement contestée nécessite généralement une évaluation de la crédibilité ou du poids qu'il convient d'accorder à cette preuve par rapport à la preuve qui n'est pas sérieusement contestée, cette évaluation ne se pose pas et est, en conséquence, plus proprement qualifiée de question de droit que de question de fait.

Building upon this approach, it is possible to say that there is no air of reality to a particular defence, and therefore no need to put it to the jury, under the following circumstances:

- (1) the totality of the evidence for the accused is incapable of amounting to the defence being sought; or
- (2) the totality of the evidence for the accused is clearly, logically inconsistent with the totality of evidence which is not materially in dispute.

It goes without saying, of course, that these standards should be viewed realistically, and not evaluated according to purely speculative or hypothetical extremes. We must recall that a defence should not be put to the jury unless a reasonable jury, properly instructed and acting judiciously, could acquit on that basis.

A court may conclude as a matter of law that there is no air of reality to a particular defence if the accused's case simply does not support it. In *Osolin*, *supra*, at p. 651, McLachlin J. concluded that the undisputed facts of the accused's case were, at the very least, consistent with wilful blindness and therefore did not admit of the defence of honest belief in consent (see also *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570). In her view, no person, reasonable or otherwise, could have honestly inferred consent from the circumstances, notwithstanding the fact that the complainant may have passively acquiesced at certain points. In such instances, the absence of an air of reality to the defence of honest mistake precludes it from being put to the jury.

The second branch of this approach is both borne out and exemplified by the facts of *Reddick*, *supra*. A 29-year-old man was charged with sexually assaulting a 15-year-old girl who was a virgin at the time of the assault. The complainant and her girlfriends were watching television one Saturday afternoon. The accused, whom the complainant

Poursuivant cette approche, on peut prétendre qu'un moyen de défense donné n'est pas vraisemblable et n'a donc pas à être soumis à l'appréciation du jury, dans les circonstances suivantes:

- (1) l'ensemble de la preuve de l'accusé ne permet pas d'établir la défense invoquée; ou
- (2) l'ensemble de la preuve de l'accusé est manifestement et logiquement inconciliable avec l'ensemble de la preuve qui n'est pas sérieusement contestée.

Il va sans dire que ces normes devraient être considérées d'une manière réaliste et qu'elles ne devraient être évaluées en fonction de situations extrêmes purement conjecturales ou hypothétiques. Il faut se rappeler qu'un moyen de défense ne devrait être soumis à l'appréciation du jury que si un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judicieusement, pourrait prononcer un acquittement sur cette base.

Un tribunal peut décider que, du point de vue juridique, un moyen de défense donné n'a rien de vraisemblable si la preuve produite par l'accusé ne l'appuie tout simplement pas. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 651, le juge McLachlin conclut que les faits incontestés de la preuve de l'accusé traduisaient à tout le moins une ignorance volontaire et ne pouvaient servir à étayer une défense de croyance sincère au consentement (voir aussi l'arrêt *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570). D'après le juge McLachlin, aucune personne, raisonnable ou autrement, n'aurait sincèrement pu inférer des circonstances qu'il y avait eu consentement, et ce, malgré le fait que la plaignante ait pu acquiescer passivement à certains moments. Dans de tels cas, l'in vraisemblance de la défense d'erreur honnête empêche de la soumettre à l'appréciation du jury.

Quant au second volet de cette approche, il est confirmé et illustré par les faits de l'affaire *Reddick*, précitée. Dans cette affaire, un homme de 29 ans avait été accusé d'avoir agressé sexuellement une jeune fille de 15 ans qui, au moment de l'agression, était vierge. La plaignante et ses amies regardaient la télévision un samedi après-midi.

knew only slightly, arrived and began to tickle them all, telling them to get up. All but the complainant eventually left. The accused tried to kiss the complainant on a few occasions, and she eventually slapped him in the face. He then suggested that they go to McDonald's for a drink. She assented, thinking that her friends would be outside and that they would stop her. They were not outside. The two drove to McDonald's and bought a drink. When back in the car, the accused tried to kiss her again and tried to put his hand down her pants. The complainant suggested they go for a drive, thinking that he could not do anything while he was driving. The accused drove to a dead-end road, parked and tried to fondle her. She told him to stop. At that point a security car drove by, and the accused stopped. He then drove her to a remote corner in the bottom level of an underground parking lot and raped her. When the complainant tried to resist by holding her track pants up, the accused ripped a hole through them and had intercourse with her. He took her home and told her not to tell her mother.

L'accusé, que la plaignante connaissait à peine, est arrivé et s'est mis à les chatouiller en leur disant de se lever. Toutes, sauf la plaignante, sont finalement parties. L'accusé a tenté à maintes reprises d'embrasser la plaignante et elle a fini par le gifler. Il lui a alors proposé d'aller boire quelque chose chez McDonald. Elle a consenti, pensant que ses amies seraient à l'extérieur et qu'elles l'intercepteraient. Elles n'y étaient toutefois pas. La plaignante et l'accusé se sont donc rendus, tous les deux, chez McDonald où ils ont acheté des rafraîchissements. De retour dans la voiture, l'accusé a de nouveau tenté d'embrasser la plaignante et a essayé de glisser sa main dans son pantalon. La plaignante lui a proposé de faire un tour en voiture, se disant qu'il ne pourrait rien entreprendre pendant qu'il conduisait. L'accusé s'est rendu dans une impasse où il a stationné son véhicule et a tenté de caresser la plaignante. Elle lui a dit d'arrêter. Sur ces entrefaites, une voiture de sécurité est passée et l'accusé a effectivement arrêté. Il a ensuite conduit la plaignante dans un coin retiré du dernier niveau d'un parc de stationnement souterrain, où il l'a violée. Lorsque la plaignante a tenté de lui résister en tenant son pantalon de survêtement, l'accusé a déchiré le pantalon et, profitant du trou ainsi fait, a eu des rapports sexuels avec elle. Puis il l'a reconduite chez elle, lui disant de ne rien raconter à sa mère.

33

When she arrived home, she informed her mother. A medical examination revealed a half-inch tear on her vagina which was still bleeding. The accused corroborated the complainant's evidence regarding his advances, regarding the trip to McDonald's, to the dead end and to the parking lot. However, he testified that the sexual activity met with no resistance. He explained that he drove her to the parking lot because he thought that there was a good likelihood that she would have sex with him. He explained the ripped track pants on the basis that it was more convenient to have sex through her track pants. In a trial by judge alone, the judge found absence of consent, but acquitted because he had a reasonable doubt as to whether or not the accused knew the victim was consenting.

Une fois rentrée à la maison, elle a informé sa mère de ce qui s'était produit. Un examen médical de la plaignante a permis de constater qu'elle avait, au vagin, une déchirure d'un demi-pouce qui saignait encore. L'accusé a corroboré le témoignage de la plaignante concernant ses avances et concernant le fait qu'ils s'étaient rendus chez McDonald, dans une impasse et dans le parc de stationnement. Il a toutefois témoigné qu'il n'y avait eu aucune résistance à l'acte sexuel. S'il l'avait conduite dans le parc de stationnement, a-t-il expliqué, c'est parce qu'il considérait qu'il y avait de bonnes chances qu'elle aurait des rapports sexuels avec lui. D'après l'accusé, il avait déchiré le pantalon de survêtement parce qu'il était plus commode d'accomplir l'acte sexuel ainsi. Lors du procès devant juge seul, le juge a conclu à l'absence de consentement, mais a prononcé l'acquiescement parce qu'il

This Court upheld the Court of Appeal's substitution of a verdict of guilty.

The fact of the torn track pants, the medical evidence inconsistent with consensual sexual intercourse, the complainant's age, and the sequence of events leading up to the alleged assault were all not materially in dispute. Most importantly, however, the significance of the torn track pants could not be said to be materially in dispute, when viewed realistically in light of the medical evidence and the girl's age. It could only be consistent with the use of force, overriding or wilfully blind to the will of the victim. The totality of the accused's case was therefore clearly logically inconsistent with the defence of honest but mistaken belief and that defence should not have been available to the finder of fact (in this case, the judge sitting alone).

This approach also provides further support for the proposition, already accepted by this Court, that an air of reality cannot spring from what amounts to little more than a bare, unsupported assertion by the accused. The facts in *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, are illustrative of this fact. The complainant testified that the accused, a stranger, entered the apartment she shared with her room-mate under the pretence that he was a friend of the room-mate. Once in the apartment, he put his hand over the complainant's mouth, pulled her hair, forced her to the floor, threatened her, hit her, and sexually assaulted her. She did not resist the attack as she was afraid that he would hurt her more. At trial, defence counsel argued consent and, alternatively, honest belief as to consent. The accused did not testify. He made only the bare, unsupported assertion through his counsel that he honestly believed that the complainant was consenting. He did not contradict through his own testimony the version told by the complainant but

avait un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé savait que la victime n'était pas consentante. Notre Cour a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel qui avait substitué un verdict de culpabilité à celui rendu au procès.

La déchirure du pantalon de survêtement, la preuve médicale inconciliable avec un consentement aux rapports sexuels, l'âge de la plaignante et la suite d'événements aboutissant à la prétendue agression représentaient tous des éléments qui n'étaient pas sérieusement contestés. Plus important encore, cependant, on ne pouvait soutenir que la signification de la déchirure du pantalon de survêtement était sérieusement contestée si on l'envisageait, de façon réaliste, à la lumière de la preuve médicale et de l'âge de la jeune fille. Cette déchirure ne pouvait s'expliquer que par un recours à la force de la part de l'accusé qui a passé outre à la volonté de la victime ou qui en a fait fi volontairement. Par conséquent, l'ensemble de la preuve de l'accusé était manifestement et logiquement inconciliable avec la défense de croyance sincère mais erronée, si bien que le juge des faits (en l'occurrence, un juge seul) n'aurait pas dû être saisi de ce moyen de défense.

C'est là également une approche qui appuie davantage la proposition, déjà acceptée par notre Cour, que la vraisemblance ne peut découler de ce qui n'est qu'une simple assertion non étayée de l'accusé. Les faits de l'affaire *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, en sont une illustration. La plaignante a témoigné que l'accusé, un inconnu, s'était introduit dans l'appartement qu'elle partageait avec une compagne en prétendant être un ami de cette dernière. Une fois dans l'appartement, il a placé sa main sur la bouche de la plaignante, lui a tiré les cheveux, l'a poussée par terre, l'a menacée, l'a frappée et l'a agressée sexuellement. Elle n'a pas résisté parce qu'elle craignait qu'il ne lui fasse encore plus de mal. Au procès, l'avocat de la défense a allégué le consentement et, à titre subsidiaire, la croyance sincère au consentement. L'accusé n'a pas témoigné. Il a simplement déclaré, sans preuve à l'appui et par l'intermédiaire de son avocat, avoir cru sincèrement que la plaignante était consentante. Il n'a pas contredit, par son pro-

rather sought to point out inconsistencies in her testimony through cross-examination. This cross-examination did not, however, succeed in bringing the complainant's evidence materially into dispute. Nor was there other evidence which brought that evidence materially into dispute. As such, the accused's case regarding mistaken belief amounted to little more than a bare, unsupported assertion and it was clearly, logically inconsistent with the totality of the evidence that was not materially in dispute (including, in this case, the complainant's evidence). It is difficult to see how the outcome would be any different if the accused had actually testified yet still only made a bare, unsupported assertion as to belief in consent without materially disputing those portions of the complainant's story relevant to the actual sexual assault.

pre témoignage, le récit de la plaignante, mais a plutôt cherché, au moyen du contre-interrogatoire, à faire ressortir des contradictions dans le témoignage de cette dernière. Ni le contre-interrogatoire ni aucune autre preuve n'ont réussi à sérieusement mettre en doute le témoignage de la plaignante. C'est pourquoi la preuve de croyance erronée de la part de l'accusé ne constituait guère plus qu'une simple assertion non étayée qui était manifestement et logiquement inconciliable avec l'ensemble de la preuve non sérieusement contestée (y compris, dans cette affaire, le témoignage de la plaignante). On voit mal en quoi l'issue aurait été différente si l'accusé avait effectivement témoigné, se contentant simplement d'affirmer, sans preuve à l'appui, qu'il avait cru au consentement, sans autrement contester sérieusement ces aspects du récit de la plaignante se rapportant à l'agression sexuelle proprement dite.

36

This approach also offers helpful insight into circumstances where the totality of the accused's claim to a mistaken belief defence, realistically viewed, is clearly internally inconsistent. It states the obvious to say that an accused cannot be said to dispute materially his own testimony. Moreover, since the complainant's story is to the effect that she did not consent, the complainant also cannot be said to dispute materially statements made by the accused which indicate that the accused knew that she was not consenting (or was wilfully blind or reckless to that fact). If, then, an accused on one hand cross-examines the complainant and elicits some evidence which might support the conclusion that he believed she consented but, on the other hand, essentially tells a story that amounts to nothing less than wilful blindness as to her consent, then there would be a clear inconsistency within his claim to a mistaken belief in consent (principally advanced via cross-examination of the complainant). Thus, although the cross-examination, taken alone, could arguably constitute some evidence lending an "air of reality" to the defence of honest belief in consent, that defence should not be put to the jury because it suffers from a clear,

De plus, cette approche est utile dans les cas où les assertions avancées par l'accusé à l'appui de la défense de croyance erronée sont clairement contradictoires en soi lorsqu'elles sont examinées d'un œil réaliste. Il va de soi qu'on ne saurait dire d'un accusé qu'il conteste sérieusement son propre témoignage. De plus, puisque la plaignante prétend qu'elle n'a pas consenti, on ne saurait dire, non plus, qu'elle conteste sérieusement les déclarations de l'accusé selon lesquelles il savait qu'elle n'était pas consentante (ou a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié). Donc, si, d'une part, l'accusé contre-interrogeait la plaignante et lui arrachait un élément de preuve susceptible de justifier la conclusion qu'il la croyait consentante, mais que, d'autre part, il faisait un récit qui, pour l'essentiel, ne témoignait de rien de moins que l'ignorance volontaire du consentement de la victime, il y aurait alors contradiction manifeste dans son allégation de croyance erronée au consentement (avancée principalement au moyen du contre-interrogatoire de la plaignante). Ainsi, même si on pouvait soutenir que le contre-interrogatoire pourrait, à lui seul, constituer une preuve conférant une «vraisemblance» à la défense de croyance erronée au consentement, ce moyen de défense ne devrait pas être soumis à l'appréciation

internal logical inconsistency with facts that are not materially in dispute.

Much difficulty in defining the nature and type of "corroboration" required to lend an "air of reality" to the defence of mistake in consent may flow from past failures to acknowledge the relationship outlined above. Although clear logical inconsistency is, in a way, the analytical antithesis to corroboration, it is important to recognize that what is truly important to the "air of reality" test in respect of a particular defence is that the evidence said to provide some basis for that defence must actually relate to, and support, that particular defence. Evidence going to an ancillary issue or failing to address a clear and undisputed logical inconsistency in an accused's claim to the honest mistake defence, then, will not, itself, be sufficient to lend that defence an air of reality. Although this conclusion seems obvious, it is apparently not always being followed, judging by the type of evidence deemed at times to be supportive of the defence. With all due respect to McClung J.A., the present case is no exception.

D. Mistake of Fact and Consent

This Court recently concluded that a finding of lack of consent does not, as a matter of law, require some minimal word or gesture of objection: *M. (M.L.)*, *supra*. Passivity is, in essence, capable of communicating lack of consent. Although it is not strictly necessary to address this issue in order to resolve the present appeal, it seems to me that many of the difficulties relating to both the nature and the application of the air of reality test to honest belief defences may flow from the manner in which the common law approaches the *mens rea* of the offence of sexual assault. In *Osolin*, *supra*, at p. 669, Cory J. observed that the crime of sexual assault is different from all other manners of assault in that it is

du jury parce qu'il est manifestement et logiquement inconciliable en soi avec des faits qui ne sont pas sérieusement contestés.

Une grande part de la difficulté de définir la nature et le type de «corroboration» requise pour conférer une «vraisemblance» à la défense d'erreur quant au consentement peut provenir du fait que, dans le passé, on n'a pas reconnu cette corrélation. Bien que la contradiction manifeste sur le plan de la logique représente en quelque sorte, pour les fins de l'analyse, l'antithèse de la corroboration, il importe de reconnaître que ce qui est vraiment important, aux fins de l'application du test de la «vraisemblance» à un moyen de défense particulier, c'est que la preuve qui, dit-on, justifie dans une certaine mesure ce moyen de défense doit vraiment se rapporter à ce moyen de défense particulier et l'appuyer. La preuve qui concerne une question accessoire ou qui ne porte pas sur une contradiction manifeste et incontestée, du point de vue de la logique, que renferme la défense d'erreur honnête invoquée par l'accusé ne sera donc pas suffisante en soi pour rendre vraisemblable ce moyen de défense. Or, malgré l'évidence apparente de cette conclusion, elle ne semble pas toujours être suivie, à en juger par le type de preuve qui est parfois considéré comme appuyant le moyen de défense invoqué. En toute déférence pour le juge McClung, la présente affaire n'y fait pas exception.

D. L'erreur de fait et le consentement

Notre Cour a conclu récemment qu'une décision quant à l'absence de consentement n'exige pas, du point de vue juridique, que la victime ait opposé un minimum de résistance, par des paroles ou des gestes: *M. (M.L.)*, précité. La passivité est, en soi, capable de traduire une absence de consentement. Quoiqu'il ne soit pas strictement nécessaire d'aborder cette question afin de trancher le présent pourvoi, il me semble que bien des difficultés liées tant à la nature du test de la vraisemblance qu'à son application à la défense de croyance sincère peuvent découler de la façon dont la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle est envisagée en common law. Dans l'arrêt *Osolin*, précité, à la p. 669, le juge Cory fait remarquer que l'agression

gender based in the vast majority of cases. He acknowledged that ss. 15 and 28 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, guaranteeing equality to men and women, play a special role in the context of sexual assault. In my view, there may be reason to believe that the existing role of consent in the *mens rea* of the offence of sexual assault raises some concerns with respect to those two provisions of the *Charter*. Briefly put, the current common law approach to consent may perpetuate social stereotypes that have historically victimized women and undermined their equal right to bodily integrity and human dignity.

39 The *actus reus* of sexual assault requires that the Crown demonstrate a touching of a sexual nature, combined with a lack of actual consent to that touching. The *mens rea* for sexual assault is established by showing that the accused intended to touch the complainant in a manner that is sexual, and knew of, or was reckless or wilfully blind to, the fact that the complainant was not consenting to that touching. Our law typically takes this to mean that the accused must be shown to be aware of, or reckless or wilfully blind to, the fact that non-consent was communicated. I shall elaborate immediately below on why, in my view, we must accept that the *mens rea* for sexual assault is also established by showing that the accused was aware of, or reckless or wilfully blind to, the fact that consent was not communicated. In other words, the *mens rea* of sexual assault is not only satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially saying "no", but is also satisfied when it is shown that the accused knew that the complainant was essentially not saying "yes".

40 Few would dispute that there is a clear communication gap between how most women experience consent, and how many men perceive consent. Some of this gap is attributable to genuine, often

sexuelle diffère de toutes les autres formes de voies de fait en ce sens que, dans la grande majorité des cas, elle est fondée sur le sexe de la victime. Il a reconnu que les art. 15 et 28 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes, jouent un rôle spécial dans le contexte de l'agression sexuelle. À mon avis, il y a peut-être lieu de croire que le rôle actuel du consentement dans la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle suscite certaines préoccupations relativement à ces deux dispositions de la *Charte*. En bref, la façon dont la common law aborde actuellement le consentement risque de perpétuer des stéréotypes sociaux qui, dans le passé, ont nui aux femmes et miné leur droit égal à l'intégrité physique et à la dignité de leur personne.

Pour établir l'*actus reus* de l'agression sexuelle, le ministère public doit faire la preuve d'attouchements de nature sexuelle et de l'absence de consentement réel à ces attouchements. La preuve de la *mens rea* de l'agression sexuelle se fait en démontrant que l'accusé voulait se livrer à des attouchements sexuels sur la plaignante et qu'il savait que celle-ci ne consentait pas à ces attouchements, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Habituellement, notre droit y voit une exigence d'établir que l'accusé savait qu'un non-consentement avait été exprimé, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Je vais préciser immédiatement, dans les lignes qui suivent, pourquoi, à mon avis, il nous faut accepter que la *mens rea* de l'agression sexuelle est également établie par la preuve que l'accusé savait qu'aucun consentement n'était exprimé, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. En d'autres termes, la *mens rea* de l'agression sexuelle est établie non seulement lorsqu'il est démontré que l'accusé savait que la plaignante disait essentiellement «non», mais encore lorsqu'il est démontré qu'il savait que la plaignante, essentiellement, ne disait pas «oui».

Peu de gens contesteraient qu'il existe un écart manifeste, sur le plan de la communication, entre la façon dont la plupart des femmes interprètent le consentement et celle dont la plupart des hommes

gender-based, miscommunication between the parties. Another portion of this gap, however, can be attributed to the myths and stereotypes that many men hold about consent. As R. D. Wiener has observed in "Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape" (1983), 6 *Harv. Women's L.J.* 143, at p. 147:

[A] gender gap in sexual communications exists. Men and women frequently misinterpret the intent of various dating behaviors and erotic play engaged in by their opposite-sexed partners.

...
Because both men and women are socialized to accept coercive sexuality as the norm in sexual behavior, men often see extreme forms of this aggressive behavior as seduction, rather than rape. A great many incidents women consider rape are, in effect, considered "normal" by both male perpetrators and the male-dominated legal system.

The current approach to consent may perpetuate this unfortunate phenomenon.

Consent and assault are reciprocal concepts. The limits of one ultimately define the other. The role that consent plays in the law of sexual assault depends largely upon the purpose that we ascribe to that offence in contemporary society. Rape laws originally developed to protect the proprietary interests that men — fathers and husbands — had in women (Wiener, *supra*, at p. 160, note 104). A last vestige of this opprobrious notion — the fact that the crime of rape did not apply to activity between a husband and wife — was not eliminated in Canada until 1983. Long ago, however, the common law evolved to define rape in terms of sexual intercourse without consent and induced by force, fear or fraud (Great Britain, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975), at p. 3). At that time, it could be said that the primary purpose underlying the offence of rape was concern for the protection of women from physical injury. The significance of the use of force has

le perçoivent. Cela est dû en partie à une mauvaise communication, réelle mais souvent fondée sur le sexe, entre les parties. Cela est également attribuable aux mythes et stéréotypes qu'entretiennent bien des hommes relativement au consentement. Comme le fait remarquer R. D. Wiener dans «Shifting the Communication Burden: A Meaningful Consent Standard in Rape» (1983), 6 *Harv. Women's L.J.* 143, à la p. 147:

[TRADUCTION] [I]l existe en matière de communications sexuelles un écart entre les sexes. Souvent, les hommes et les femmes interprètent mal l'intention sous-jacente à différents comportements relationnels et jeux érotiques de leurs partenaires du sexe opposé.

...
Hommes et femmes sont conditionnés à accepter comme normale une sexualité coercitive, si bien que les hommes voient souvent comme une séduction, plutôt que comme un viol, des manifestations extrêmes de ce comportement agressif. En effet, bon nombre d'actes considérés par les femmes comme un viol sont tenus pour «normaux» tant par les hommes qui les accomplissent que par le système judiciaire à domination masculine.

La façon actuelle d'aborder le consentement risque de perpétuer ce phénomène déplorable.

Le consentement et l'agression sont des notions réciproques. L'une se définit, en dernière analyse, en fonction des limites de l'autre. Le rôle que joue le consentement dans le droit en matière d'agression sexuelle tient dans une large mesure à l'objectif visé par notre société contemporaine relativement à cette infraction. Les lois relatives au viol visaient à l'origine à protéger les droits de propriété qu'avaient les hommes — les pères et les maris — sur les femmes (Wiener, *loc. cit.*, à la p. 160, note 104). Le dernier vestige de cette notion odieuse — l'inapplicabilité du crime de viol aux rapports entre mari et femme — n'a été supprimé au Canada qu'en 1983. Toutefois, la common law a défini, pendant longtemps, le viol en termes de rapports sexuels sans consentement et résultant de la coercition, de la crainte ou de la fraude (Grande-Bretagne, *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (1975), à la p. 3). On pouvait affirmer, à l'époque en question, que l'infraction de

since diminished, however. The crime of rape has been replaced with the broader offence of sexual assault. Actual intercourse is not a prerequisite for a sexual assault. Moreover, a woman need no longer suffer actual physical injury before she can say that she was sexually assaulted. Sexual assault is now, essentially, a sexual touching without consent. The purpose of the criminal law in this domain has shifted once again. The primary concern is no longer solely with the physical safety of women, but rather with something broader.

viol visait principalement à protéger les femmes contre les lésions corporelles. Cependant, le recours à la force a, depuis, perdu de son importance. Le crime de viol a fait place à l'infraction plus générale d'agression sexuelle. Les relations sexuelles proprement dites ne sont plus une condition préalable à l'agression sexuelle. En outre, la femme qui prétend avoir été agressée sexuellement n'est plus tenue de démontrer l'existence de lésions corporelles. À l'heure actuelle, l'agression sexuelle consiste essentiellement en des attouchements sexuels sans consentement. L'objectif du droit criminel dans ce domaine a de nouveau changé. Ce dont on se préoccupe principalement n'est plus exclusivement la sécurité physique des femmes, mais plutôt quelque chose de plus général.

42

In my view, the primary concern animating and underlying the present offence of sexual assault is the belief that women have an inherent right to exercise full control over their own bodies, and to engage only in sexual activity that they wish to engage in. If this is the case, then our approach to consent must evolve accordingly, for it may be out of phase with that conceptualization of the law. In this respect, L. Vandervort argues in "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea" (1987-88), 2 *C.J.W.L.* 233, at p. 267, that consent must be regarded from the standpoint of communication, rather than from the standpoint of a private mental state:

J'estime qu'à l'heure actuelle l'infraction d'agression sexuelle procède surtout de la croyance que les femmes ont le droit inhérent d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent. S'il en est ainsi, notre façon d'aborder le consentement doit évoluer en conséquence, car elle est peut-être déphasée par rapport à cette conception du droit. À ce propos, L. Vandervort soutient dans «Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea» (1987-88), 2 *R.J.F.D.* 233, à la p. 267, que le consentement doit être envisagé du point de vue de la communication, plutôt que du point de vue d'un état d'esprit personnel:

The social act of consent consists of communication to another person, by means of verbal and non-verbal behaviour, of permission to perform one or more acts which that person would otherwise have a legal or non-legal obligation not to perform To consent is to waive a right and relieve another person of a correlative duty

[TRANSLATION] L'acte social qu'est le consentement consiste à communiquer à autrui, verbalement ou non verbalement, la permission d'accomplir un seul ou plusieurs actes dont, sans cela, cette personne serait, légalement ou autrement, tenue de s'abstenir [. . .] Consentir c'est renoncer à un droit et dégager une autre personne d'une obligation corrélatrice

. . . Acts performed in reliance on such a waiver do not breach any operative legal duty and do not constitute commission of an offence. It is thus clear that any analysis of consent must consider what, if anything, was actually communicated, as well as whether the communication was voluntary. [Emphasis added.]

. . . Les actes accomplis sur la foi d'une telle renonciation ne violent aucune obligation légale applicable et ne constituent pas une infraction. Il est donc évident que toute analyse du consentement doit tenir compte de ce qui a en fait été communiqué, si communication il y a eu, et examiner s'il s'agit d'une communication volontaire. [Je souligne.]

Vandervort concludes as follows, at p. 277:

Vandervort conclut, à la p. 277:

The right of the individual to be free of non-consensual sexual contact will be protected only if consent is interpreted as an absolute issue, such that a failure to find that it was present is taken to demonstrate that it was absent *The law provides that sexual touching is assaultive unless the person touched agrees to be touched. It does not provide that the transaction is non-assaultive unless the person touched objects.* [Emphasis in original.]

Consideration of communication of consent has always implicitly informed our approach to how knowledge of absence of consent relates to the *mens rea* of the offence of sexual assault. In fact, since consent is, itself, a private mental state, we go about inferring it in much the same way as we would infer *mens rea*. Namely, we look to verbal and non-verbal cues and then draw inferences about a particular mental state by evaluating the individual's behaviour in light of the totality of the circumstances. A finder of fact employs these techniques to determine whether a complainant has, in fact, not consented to a sexual touching. In so far as the *actus reus* of the offence of sexual assault is concerned, the inquiry stops there. The *mens rea* of sexual assault, however, requires proof of the accused's awareness of, or recklessness or wilful blindness to, this absence of consent. The inquiry into absence of consent for the purposes of establishing the *mens rea* of the offence must therefore go one step further, and delve into the accused's perception of the absence of consent. Since mistake of fact goes to the *mens rea* of the offence, an honest mistake of fact by the accused in this respect may therefore indicate that he possessed a non-culpable state of mind.

As I mentioned earlier, however, circumstances are not relevant to the defence of honest but mistaken belief where they are only capable of supporting a belief on the part of the accused that the complainant would consent, rather than being capable of supporting his belief that she does, in fact, consent. An accused cannot say that he

[TRADUCTION] Le droit de l'individu de ne pas avoir à subir des contacts sexuels auxquels il ne consent pas ne sera protégé que si le consentement est considéré comme une question absolue, de sorte que l'absence d'une conclusion au consentement sera interprétée comme établissant qu'il n'a pas été donné [. . .] Aux termes de la loi, les contacts sexuels constituent une agression à moins que la personne qui les a subis n'y consente. Il n'est pas prévu qu'aucune agression n'est commise à moins que la personne qui subit les contacts ne s'y oppose. [En italique dans l'original.]

L'examen de la question de la communication du consentement a toujours implicitement fait partie de notre façon d'envisager comment la connaissance de l'absence de consentement se rattache à la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle. En fait, comme le consentement est lui-même un état d'esprit personnel, nous en inférons l'existence à peu près de la même façon que nous inférerions la *mens rea*. Notamment, nous recherchons des indices verbaux et non verbaux pour ensuite en inférer un état d'esprit particulier, en évaluant la conduite de la personne en question à la lumière de l'ensemble des circonstances. Un juge des faits a recours à ces techniques pour déterminer si une plaignante n'a pas, en fait, consenti à des attouchements sexuels. Quant à l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle, c'est ici que l'analyse prend fin. La *mens rea* de l'agression sexuelle requiert, toutefois, la preuve que l'accusé savait qu'il n'y avait pas consentement, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. L'analyse de l'absence de consentement qui vise à établir la *mens rea* de l'infraction doit donc aller plus loin et porter sur la perception d'absence de consentement qu'avait l'accusé. Puisque l'erreur de fait touche la *mens rea* de l'infraction, une erreur de fait honnête, de la part de l'accusé à cet égard, pourrait donc indiquer qu'il était dans un état d'esprit non coupable.

Or, les circonstances, je le répète, n'ont aucune pertinence relativement à la défense de croyance sincère mais erronée, lorsqu'elles ne sont susceptibles que d'appuyer la croyance, chez l'accusé, que la plaignante consentirait, plutôt que d'être susceptibles d'étayer sa croyance qu'elle était effectivement consentante. L'accusé ne saurait pré-

believed the complainant to be consenting without pointing out the basis for that belief. As a practical matter, therefore, the principal considerations that are relevant to this defence are (1) the complainant's actual communicative behaviour, and (2) the totality of the admissible and relevant evidence explaining how the accused perceived that behaviour to communicate consent. Everything else is ancillary.

45

Non-consensual sexual touching is criminal unless, at the least, the accused honestly believes that consent has been communicated with respect to that touching. Thus, as a practical matter, the *mens rea* of the offence does not relate so much to the complainant's frame of mind as it does to the complainant's communication of that frame of mind and to the accused's perception of that communication. Furthermore, although consent may exist in the mind of the woman without being communicated in any form, it cannot be accepted by a reasonable finder of fact as having been honestly perceived by the accused without first identifying the behaviour that led the accused ostensibly to hold this perception. If the accused is unable to point to evidence tending to show that the complainant's consent was communicated, then he risks a jury concluding that he was aware of, or reckless or wilfully blind to, the complainant's absence of consent. Of course, passivity can, itself, under certain infrequent circumstances, be communicative in character: *M. (M.L.)*, *supra*. By way of another example, evidence of past sexual behaviour between the parties might be relevant to the defence of mistake of fact in instances where that behaviour may have influenced the accused's honest perception of the complainant's communication relating to the particular sexual activity in question.

46

Under such an analytic approach, although the communication gap between the sexes may still avail confusion and miscommunication, the consequences will accrue more equally to both. Women, as a practical matter, still run the risk of being sexually assaulted unless they communicate non-

tendre qu'il croyait que la plaignante était consentante sans expliquer le motif de cette croyance. En pratique, les principaux facteurs pertinents quant à ce moyen de défense sont donc (1) le comportement communicatif proprement dit de la plaignante et (2) l'ensemble des éléments de preuve admissibles et pertinents qui expliquent comment l'accusé a perçu ce comportement comme exprimant un consentement. Tout le reste est secondaire.

Les attouchements sexuels auxquels on ne consent pas sont criminels en l'absence, tout au moins, d'une croyance sincère de l'accusé qu'un consentement à ces attouchements avait été communiqué. Ainsi, en pratique, la *mens rea* de l'infraction ne se rapporte pas tant à l'état d'esprit de la plaignante qu'à la communication, par cette dernière, de son état d'esprit et, chez l'accusé, à la perception de cette communication. En outre, bien que le consentement puisse exister dans l'esprit d'une femme sans qu'il soit communiqué de quelque façon, un juge des faits raisonnable ne saurait accepter que ce consentement a été perçu sincèrement par l'accusé, sans d'abord cerner le comportement qui, en apparence, a engendré cette perception chez lui. Si l'accusé est incapable de produire un élément de preuve tendant à démontrer que la plaignante a communiqué son consentement, il court alors le risque qu'un jury conclue qu'il savait que la plaignante n'était pas consentante, qu'il a ignoré volontairement ce fait ou ne s'en est pas soucié. Évidemment, la passivité peut elle-même, dans certaines circonstances peu fréquentes, être de nature communicative: *M. (M.L.)*, précité. À titre d'exemple supplémentaire, la preuve d'un comportement sexuel antérieur entre les parties pourrait être pertinente quant à la défense d'erreur de fait, dans les cas où ce comportement peut avoir influé sur la perception sincère que l'accusé avait de la communication de la plaignante relativement à l'acte sexuel en question.

Suivant cette approche analytique, bien que l'écart qui existe sur le plan de la communication entre les sexes puisse encore engendrer la confusion et la mauvaise communication, les deux sexes en subiront les conséquences de façon plus égale. En pratique, les femmes courent toujours le risque

consent in a manner that is sufficiently clear for others to understand. Men, by contrast, must assume the responsibility for that part of the communication gap that is driven by androcentric myths and stereotypes, rather than by genuine misunderstanding due to gender-based miscommunication.

The assumption that if a woman is not consenting then she will say so is only helpful if we further assume that men perceive non-consent in the same way that women communicate it. The elusive and multi-faceted character of sex-speak, however, demonstrates this latter assumption to be patently incorrect:

A woman may believe she has communicated her unwillingness to have sex — and other women would agree, thus making it a “reasonable” female expression. Her male partner might still believe she is willing — and other men would agree with his interpretation, thus making it a “reasonable” male interpretation. The woman, who believes that she *has* conveyed her lack of consent, may interpret the man’s persistence as an indication that he does not care if she objects and plans to have sex despite her lack of consent. She may then feel frightened by the man’s persistence, and may submit against her will. [Emphasis in original.]

(Wiener, *supra*, at pp. 148-49.)

Acknowledging the reality of this communication gap between reasonable women and reasonable men requires us to discard the assumption that voluntariness — defined only in terms of force, fear or fraud — is a fair proxy for consent in the absence of communicated non-consent. It is not. As long as the effect of our approach to the *mens rea* of sexual assault reinforces the view that sexual activity is consensual in the absence of communicated non-consent, the damaging communication gap between the sexes, and the terrible costs that flow from it, will continue unacknowledged and will be perpetuated rather than narrowed. In order to give full and meaningful effect to

d’être agressées sexuellement, à moins qu’elles ne communiquent leur non-consentement d’une manière suffisamment claire pour que les autres puissent comprendre. Les hommes, par contre, doivent assumer la responsabilité de l’écart sur le plan de la communication dans la mesure où cet écart découle de mythes et de stéréotypes androcentriques, plutôt que d’un véritable malentendu imputable à une mauvaise communication fondée sur le sexe.

La présomption selon laquelle la femme qui ne consent pas le dira clairement ne vaut que si on présume en outre que les hommes perçoivent le non-consentement de la même façon que les femmes le communiquent. Or, la nature à la fois complexe et difficilement saisissable du dialogue sexuel démontre la fausseté manifeste de cette dernière présomption:

[TRADUCTION] Une femme peut croire qu’elle a communiqué son non-consentement à des rapports sexuels — et d’autres femmes en conviendraient, de sorte qu’il s’agirait d’une expression féminine «raisonnable». Son partenaire pourrait encore croire qu’elle est consentante et d’autres hommes souscriraient à son interprétation, de sorte qu’il s’agirait d’une interprétation masculine «raisonnable». La femme, qui croit *avoir* communiqué son absence de consentement, peut voir dans la persistance de l’homme une indication qu’il se fiche de ses objections et qu’il entend avoir des rapports sexuels avec elle même si elle n’y consent pas. Elle peut alors être effrayée par cette persistance et se soumettre contre son gré. [En italique dans l’original.]

(Wiener, *loc. cit.*, aux pp. 148 et 149.)

Reconnaître la réalité de cet écart sur le plan de la communication entre femmes raisonnables et hommes raisonnables nous oblige à écarter la présomption que le caractère volontaire — défini uniquement en termes de coercition, de crainte ou de fraude — peut légitimement, en l’absence d’une communication de non-consentement, se substituer au consentement. Il n’en est rien. Tant que notre façon d’aborder la *mens rea* de l’agression sexuelle a pour effet de renforcer le point de vue selon lequel, en l’absence d’une communication de non-consentement, il y a consentement à l’acte sexuel, l’écart néfaste sur le plan de la communication entre les sexes, avec les coûts terribles qui s’y rat-

women's right to control their own bodies, we must recognize that awareness of, or recklessness or wilful blindness to, an absence of communicated consent is sufficient to found the *mens rea* of the offence of sexual assault.

tachent, continuera d'être ignoré et se perpétuera plutôt que de s'amenuiser. Pour que les femmes puissent jouir pleinement et utilement de leur droit de contrôler leur corps, il nous faut reconnaître que le fait de savoir qu'aucun consentement n'a été communiqué, d'ignorer volontairement ce fait ou de ne pas s'en soucier, suffit pour établir la *mens rea* de l'infraction d'agression sexuelle.

48 In my view, finders of fact will benefit from focusing their attentions on communication, and honest perception of that communication, when determining whether the *mens rea* of the offence has been made out. Such an approach will enable them to separate more effectively the wheat from the chaff — the myth and the stereotype from the reality — in determining whether the accused was aware of the complainant's absence of consent, or whether he could have entertained an honest but mistaken belief as to her consent. It will help them to identify, and filter out, stereotypical beliefs on the part of the accused that lead him to override non-consent, or that lead him to be reckless towards whether a woman is consenting or not. I believe that it may therefore lead to fairer, more accurate factual determinations. I believe that it will also take women's and men's distinct realities more equitably into account.

À mon avis, les juges des faits y gagneront à se concentrer sur la communication et la perception sincère de cette communication, au moment de déterminer si la *mens rea* de l'infraction a été établie. Ils pourront ainsi distinguer plus nettement l'ivraie du froment — les mythes et les stéréotypes de la réalité — en déterminant si l'accusé savait que la plaignante n'était pas consentante, ou s'il aurait pu croire sincèrement mais à tort qu'elle l'était. Cette approche les aidera également à reconnaître et à écarter les croyances stéréotypées qu'entretient l'accusé et qui l'amènent à faire fi du non-consentement ou à ne pas se soucier du fait qu'une femme consente ou non. Les conclusions du fait n'en seront à mon avis que plus justes et plus exactes, et il sera plus justement tenu compte des réalités différentes que vivent les femmes et les hommes.

49 There is nothing preventing the common law governing consent from evolving to reflect contemporary social mores and realities. In fact, common law approaches to consent have always been strongly informed by public policy considerations. As Gonthier J. observed for the majority of this Court in *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 740:

Rien n'empêche que la common law en matière de consentement évolue de manière à refléter les mœurs et réalités sociales contemporaines. En fait, la façon dont la common law aborde le consentement a toujours été fortement assujettie à des considérations d'intérêt public. Comme le fait remarquer le juge Gonthier au nom de notre Cour à la majorité, dans l'arrêt *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la p. 740:

[Historically,] [i]t was a concern that the offence of assault — more particularly the element of consent — be informed by considerations of public policy. Such considerations were thought sufficiently important to justify nullifying the legal validity of consent as a defence to a charge of assault.

[Historiquement,] [o]n envisageait que l'infraction de voies de fait — et en particulier l'élément de consentement — soit soumise à des considérations d'intérêt public. Ces considérations, croyait-on, étaient suffisamment importantes pour justifier d'écarter la validité juridique du consentement à titre de moyen de défense contre une accusation de voies de fait.

He went on to enumerate several important public policy considerations, at pp. 762-65, to support his conclusion that consent between adults at common

Le juge Gonthier poursuit en énumérant, aux pp. 762 à 765, plusieurs considérations importantes d'intérêt public à l'appui de sa conclusion que le

law is vitiated by an intention to cause serious hurt in the course of a fist fight or brawl.

In *Leary v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 29, moreover, a majority of this Court recognized that public policy considerations played a role in justifying a departure from the ordinary principles of *mens rea* in instances of drunkenness by way of the specific/general intent distinction. See also *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 865, *per* McIntyre J. The classification of sexual assault as a general intent offence to which drunkenness could not be a defence was also undeniably partly influenced by those same policy considerations. This position was recently re-affirmed, subject to the narrowest possible exception of drunkenness demonstrably akin to automatism, by a majority of this Court in *R. v. Daviault*, [1994] 3 S.C.R. 63.

The majority of this Court recently concluded in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, that the common law must develop in a way that is consistent with *Charter* values. It follows that the common law governing the *mens rea* of sexual assault must be approached having regard to, *inter alia*, s. 15 of the *Charter*. As was the case in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, this Court must strive to ensure that criminal law is responsive to women's realities, rather than a vehicle for the perpetuation of historic repression and disadvantage. A doctor who operates in the absence of the patient's informed and communicated consent risks being charged with assault. Awareness of, or recklessness or wilful blindness to, the absence of that communication is culpable in such situations. I see no reason why an accused charged with sexual assault should not be held to an identical standard.

consentement entre adultes en common law est vicié par l'intention de causer des blessures graves lors d'un combat à coups de poing ou d'une bagarre.

En outre, dans l'affaire *Leary c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 29, notre Cour à la majorité a reconnu que les considérations d'intérêt public contribuent à justifier que, dans les cas d'ivresse, l'on s'écarte des principes ordinaires de la *mens rea* en recourant à la distinction entre l'intention spécifique et l'intention générale. Voir aussi l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 865, le juge McIntyre. Il est indéniable que si l'agression sexuelle a été classée dans la catégorie des infractions d'intention générale relativement auxquelles l'ivresse ne pouvait être alléguée comme défense, cela tient en partie également aux mêmes considérations d'intérêt public. Notre Cour à la majorité a récemment confirmé ce point de vue dans l'arrêt *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63, sous réserve de l'exception la plus restreinte possible de l'ivresse dont on peut démontrer qu'elle s'apparente à l'automatisme.

Notre Cour a récemment conclu, à la majorité, dans l'arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, que la common law doit évoluer d'une manière compatible avec les valeurs de la *Charte*. Il s'ensuit que la common law qui régit la *mens rea* de l'agression sexuelle doit être abordée à la lumière, notamment, de l'art. 15 de la *Charte*. Comme c'était le cas dans l'affaire *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, notre Cour doit s'efforcer de voir à ce que le droit criminel tienne compte des réalités que vivent les femmes, et à ce qu'il ne serve pas à perpétuer la répression et les désavantages historiques. Le médecin qui opère sans le consentement éclairé et explicite du patient s'expose à des accusations de voies de fait. Dans de tels cas, est coupable le fait de savoir qu'aucun consentement n'a été communiqué, d'ignorer volontairement ce fait ou de ne pas s'en soucier. Je ne vois aucune raison de ne pas appliquer une norme identique à l'accusé inculpé d'agression sexuelle.

IV. Application to the Facts

52 In the present appeal, there was no air of reality to the accused's defence of mistaken belief in consent. The factors listed by McClung J.A. as lending an air of reality to that defence — the complainant's telephone overture to the respondent, the discussions of her use of birth control, the sexual activity engaged in thirteen days earlier, and the fact that she met him with a kiss at 6:10 a.m. on November 25 wearing only her bathrobe — are all only capable, if anything, of supporting a belief on the part of the respondent that the complainant would consent, not a belief that she did in fact consent. None of these factors address or relate in any realistic way to the events that actually took place at the time of the alleged sexual assault. They are therefore incapable of supporting a defence of honest but mistaken belief in consent.

53 What is relevant to a possible defence of honest but mistaken belief is the account of the events that took place in the bedroom, as well as any additional information explaining why the respondent might have honestly interpreted those events at that time to be consistent with consent. In certain cases, evidence of prior sexual activity between the two parties may be relevant in this respect. In the present case, however, the dissimilarities between the alleged assault and the acts that took place in the encounter thirteen days earlier can only lead one to conclude that evidence of that encounter was neither relevant to, nor capable of supporting, an honest belief on the part of the accused that the complainant was consenting at the time of the assault.

54 In the present case, moreover, the respondent's evidence is very sketchy as to the events that took place in the bedroom. He asserts that the complainant was a willing participant, that she only resisted with respect to the timing of the use of the condom, and that "as things were going on, it was getting hot", leading him to ejaculate on her stomach. He asserts that intercourse never even took place. The complainant, on the other hand, claims to have

IV. Application aux faits

En l'espèce, la défense de croyance erronée au consentement qu'a invoquée l'accusé n'était pas vraisemblable. Tous les facteurs énumérés par le juge McClung comme conférant une vraisemblance à ce moyen de défense — le fait que la plaignante ait donné son numéro de téléphone à l'intimé, les discussions relatives à son utilisation de contraceptifs, les actes sexuels accomplis treize jours auparavant, et le fait qu'elle l'ait accueilli en l'embrassant, vêtue seulement d'un peignoir, à 6 h 10, le 25 novembre — ne sont tout au plus susceptibles que d'étayer une croyance, chez l'intimé, que la plaignante consentirait, et non qu'elle a effectivement consenti. Aucun de ces facteurs ne se rapporte de façon réaliste à ce qui s'est effectivement produit lors de la prétendue agression sexuelle. Ils ne sont donc pas susceptibles d'appuyer une défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Ce qui est pertinent relativement à une éventuelle défense de croyance sincère mais erronée est le récit des événements qui se sont déroulés dans la chambre à coucher, ainsi que toute information supplémentaire qui explique pourquoi l'intimé aurait pu sincèrement, à l'époque, interpréter ces événements comme traduisant un consentement. Dans certains cas, la preuve d'actes sexuels antérieurs entre les deux parties peut être pertinente à cet égard. Ici, toutefois, les différences entre la prétendue agression et les actes qui ont eu lieu lors de la rencontre survenue treize jours auparavant ne peuvent que conduire à la conclusion que la preuve de cette rencontre n'était ni pertinente relativement à la croyance sincère, chez l'accusé, que la plaignante était consentante au moment de l'agression, ni susceptible de justifier cette croyance.

De plus, dans la présente affaire, le témoignage de l'intimé n'expose que très sommairement les événements survenus dans la chambre à coucher. Il affirme que la plaignante a participé volontairement, que sa résistance concernait simplement le moment d'utiliser le condom, et que [TRADUCTION] «plus ça allait, plus l'atmosphère se réchauffait», ce qui l'a amené à éjaculer sur le ventre de la plaignante. Il prétend qu'ils n'ont même pas eu de

vigorously resisted him, both verbally, by saying repeatedly "No Darryl" and "I don't want this", and physically. His strength and considerably greater weight, however, were too much for her and caused her then to go into a state of shock, during which he penetrated her.

There is nothing in the totality of this evidence, coming from either the respondent or the complainant, to lend any air of reality to the possibility that the respondent may have held a mistaken belief as to her consent. Nor, for that matter, would it have been possible for a reasonable jury to splice together some of her evidence and some of his with respect to the encounter, and to settle upon a reasonably coherent set of facts that could support the defence of mistaken belief in consent. A reasonable jury, properly instructed and acting judiciously, could not come to a conclusion both that the complainant did not consent to the sexual activity and that the respondent could have had a mistaken belief about her non-consent. For all of these reasons, the trial judge was correct in refusing to put the defence of mistake of fact to the jury.

As such, I would allow the Crown's appeal and restore the conviction.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons for judgment written by my colleagues the Chief Justice and Justice L'Heureux-Dubé and agree with the disposition of the appeal proposed by them. While I agree with many of the comments of L'Heureux-Dubé J. with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent, in my view it is unnecessary and undesirable to attempt to exhaustively define the constituents of the defence in this case. As my colleague properly observes in her reasons, it is a simpler task to delimit the absence of an air of reality than to define in law its constituent components. The reason is that determining whether an air of reality exists involves an examination of the

relations sexuelles. Par contre, la plaignante dit lui avoir résisté énergiquement, tant verbalement, en répétant plusieurs fois [TRADUCTION] «Non, Darryl» et [TRADUCTION] «Je ne veux pas», que physiquement. Sa force et son poids nettement supérieur ont toutefois eu raison d'elle et elle est alors tombée dans un état de choc pendant lequel il l'a pénétrée.

Rien dans l'ensemble de cette preuve, qu'il s'agisse du témoignage de l'intimé ou de celui de la plaignante, ne confère la moindre vraisemblance à la possibilité que l'intimé ait pu croire à tort que la plaignante était consentante. D'ailleurs, un jury raisonnable n'aurait pas pu combiner des éléments du témoignage de la plaignante et du témoignage de l'intimé concernant l'incident, de manière à constituer un ensemble relativement cohérent de faits susceptibles d'appuyer la défense de croyance erronée au consentement. Un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant judicieusement, ne pourrait conclure à la fois que la plaignante n'a pas consenti à l'acte sexuel et que l'intimé aurait pu entretenir une croyance erronée au sujet de son non-consentement. Pour tous ces motifs, le juge du procès a eu raison de ne pas soumettre à l'appréciation du jury la défense d'erreur de fait.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi du ministère public et de rétablir le verdict de culpabilité.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de jugement de mes collègues le Juge en chef et le juge L'Heureux-Dubé et je souscris à la façon dont ils proposent de trancher le pourvoi. Bien que je souscrive à un bon nombre des commentaires du juge L'Heureux-Dubé relativement à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement, j'estime qu'il est inutile et peu souhaitable de tenter de déterminer exhaustivement les éléments constitutifs du moyen de défense invoqué en l'espèce. Comme ma collègue le fait remarquer à juste titre dans ses motifs, il est plus simple de déterminer l'absence de vraisemblance que d'en définir en droit les éléments constitutifs. S'il en est ainsi,

55

56

57

evidence in each case to ascertain whether there is evidence which, if accepted, would enable a properly instructed jury acting reasonably to acquit. Attempts to define in advance when such evidence will be present is a hazardous, and in most cases fruitless, task. Accordingly, I prefer to dispose of this case by stating briefly why such evidence does not exist in this case.

58

The issue of the application of this defence does not arise unless the jury finds that the *actus reus* charged has been made out beyond a reasonable doubt. In this case the *actus reus* was sexual intercourse with the complainant without her consent. The jury convicted the respondent and concluded, therefore, that there was no consent to intercourse. The appropriate question in this appeal is: Was there some evidence that the respondent honestly believed that the complainant consented to intercourse? The evidence of the complainant is of no assistance to the respondent. As for the evidence of the respondent, he testified that no intercourse took place. This is inconsistent with a belief in consent to intercourse. Although less stark, the respondent's position is comparable to that of an accused who defends on the basis of mistaken identity. Accordingly, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction.

The reasons of Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

59

IACOBUCCI J. — In my view, the trial judge did not err in withholding from the jury the defence of honest but mistaken belief in consent because he was entitled to conclude that there was, in all the circumstances of the case, no air of reality to the defence. In this respect, it is noteworthy that the respondent testified that no sexual intercourse had taken place between him and the complainant. However, a report from the medical examination of the complainant was admitted into evidence as part of an agreed statement of facts, and although

c'est que pour déterminer s'il y a vraisemblance, il faut, dans chaque cas, examiner la preuve afin de vérifier s'il existe des éléments qui, s'ils étaient acceptés, permettraient à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant raisonnablement, de prononcer un acquittement. Il est dangereux, et vain dans la plupart des cas, de tenter de préciser à l'avance quand une telle preuve existera. Par conséquent, je préfère trancher le pourvoi en disant brièvement pourquoi une telle preuve n'existe pas en l'espèce.

La question de l'application de ce moyen de défense ne se pose que si le jury conclut que l'*actus reus* reproché est établi hors de tout doute raisonnable. Dans le présent pourvoi, l'*actus reus* consistait en des relations sexuelles avec la plaignante sans son consentement. Le jury a déclaré l'intimé coupable et a donc conclu à l'absence de consentement aux relations sexuelles. La question qu'il convient de se poser en l'espèce est la suivante: Y avait-il une preuve que l'intimé a cru sincèrement que la plaignante consentait aux relations sexuelles? Le témoignage de la plaignante n'est d'aucune utilité à l'intimé. Quant à ce dernier, il a témoigné qu'il n'y avait pas eu de relations sexuelles. Cela est inconciliable avec la croyance qu'il y avait consentement aux relations sexuelles. Bien que moins rigide, la position de l'intimé est comparable à celle de l'accusé qui invoque la défense d'erreur d'identité. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité.

Version française des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — À mon avis, le juge du procès n'a commis aucune erreur en refusant de soumettre à l'appréciation du jury la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement puisque, compte de tenu de toutes les circonstances de l'affaire, il pouvait conclure que ce moyen de défense n'avait aucune vraisemblance. À cet égard, il convient de signaler que l'intimé a témoigné qu'il n'avait pas eu de relations sexuelles avec la plaignante. Toutefois, un rapport dressé à la suite de l'examen médical de la plaignante a été admis

the report indicated no physical injury, it noted the presence of redness on the inner labia which was consistent with either consensual or non-consensual intercourse. This was a material discrepancy between what the complainant and accused said had occurred going to the credibility of the accused's version of what happened and ultimately to the air of reality issue. In effect, the accused denied that any intercourse occurred but alternately argues that if it did occur, he thought there was consent. Under these circumstances, it makes no sense to apply the air of reality defence to such an inconsistent position.

I am also of the view that the trial judge committed no error in ruling that evidence of previous sexual activity was inadmissible. Accordingly, I would dispose of the appeal in the manner proposed by L'Heureux-Dubé J.

Appeal allowed and conviction restored.

Solicitor for the appellant: Paul C. Bourque, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Macleod Dixon, Calgary.

en preuve dans un exposé conjoint des faits, et même si ce rapport ne faisait état d'aucune lésion corporelle, il indiquait une rougeur aux petites lèvres qui pouvait résulter de relations sexuelles avec ou sans consentement. Il s'agissait là d'une contradiction importante entre la version des faits de la plaignante et celle de l'accusé, qui touchait à la crédibilité du récit de l'accusé et, en fin de compte, à la question de la vraisemblance. En effet, l'accusé a nié qu'il y avait eu des relations sexuelles, tout en faisant valoir subsidiairement que, s'il y en a eu, il a cru qu'elles étaient consensuelles. Dans ces circonstances, il n'est pas logique d'appliquer la défense de la vraisemblance à une position aussi incohérente.

Je suis également d'avis que le juge du procès n'a commis aucune erreur en déclarant inadmissible la preuve d'actes sexuels antérieurs. En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Pourvoi accueilli et verdict de culpabilité rétabli.

Procureur de l'appelante: Paul C. Bourque, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Macleod Dixon, Calgary.