

Her Majesty The Queen *Appellant*

Sa Majesté la Reine *Appelante*

v.

c.

Carson Livermore *Respondent*

Carson Livermore *Intimé*

INDEXED AS: R. v. LIVERMORE

RÉPERTORIÉ: R. c. LIVERMORE

File No.: 24143.

N° du greffe: 24143.

1995: March 22; 1995: November 16.

1995: 22 mars; 1995: 16 novembre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Criminal law — Sexual assault — Defences — Consent — Honest but mistaken belief in consent — Accused acquitted of sexual assault — Whether trial judge erring in reviewing complainant's lack of consent — Whether trial judge failing to instruct jury that prior inconsistent statements not adopted by witness do not constitute evidence — Whether trial judge mischaracterizing medical evidence — Whether trial judge erring in leaving defence of honest but mistaken belief in consent with jury — Whether new trial should be ordered.

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Consentement — Croyance sincère mais erronée au consentement — Accusé acquitté d'agression sexuelle — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son examen du non-consentement de la plaignante? — Le juge du procès a-t-il omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve? — Le juge du procès a-t-il mal qualifié la preuve médicale? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en soumettant à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

The accused was charged with sexual assault of the 15-year-old complainant V. V and her 14-year-old friend T had willingly gone with the accused and another young man, who picked them up in the accused's car at a pizza store at 1:30 a.m. The accused drove to a parking lot behind an apartment building, where the four consumed some beer and talked. They went on to a second parking lot, where the two girls exchanged seats. The accused then drove to a third lot, where he had sexual intercourse with V. After this he drove the two girls to T's home. V testified that she resisted the accused's advances throughout. She stated that she told him "no" during intercourse and tried to push him away. She testified that although the accused was not violent and the windows were open and the doors unlocked, she was afraid to scream or try to escape. A medical examination of V revealed extensive genital bruising consistent with "traumatic" or "very forceful" sexual intercourse. In his defence, the accused maintained that V had consented to the sexual intercourse. He also argued that, in light of V's denial that

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle sur la personne de V, la plaignante de 15 ans. V et son amie T, âgée de 14 ans, avaient volontairement accompagné l'accusé et un autre jeune homme, dans la voiture de l'accusé, à leur sortie d'une pizzeria, à 1 h 30 du matin. L'accusé s'est alors dirigé vers un parc de stationnement derrière un immeuble d'habitation où les quatre ont pris de la bière et parlé. Ils se sont rendus dans un deuxième parc de stationnement où les deux jeunes filles ont changé de place. L'accusé s'est ensuite dirigé vers un troisième parc de stationnement où il a eu des rapports sexuels avec V. Il a par la suite reconduit les deux jeunes filles chez T. V a témoigné que, tout au long de l'agression, elle avait résisté aux avances de l'accusé. Elle a affirmé lui avoir dit «non» pendant les rapports sexuels et avoir essayé de le repousser. Elle a témoigné qu'elle avait eu peur de crier ou de tenter de s'enfuir, même si l'accusé n'était pas violent et si les fenêtres de la voiture étaient ouvertes et les portes non verrouillées. Un examen médical a révélé que V avait subi d'importantes meurtrissures dans la région génitale correspon-

she had consented, circumstances were such that he had entertained an honest but mistaken belief in consent. The trial judge put this defence to the jury, which acquitted him. The Crown appealed, alleging that the trial judge made four errors: (1) he erred in his review of V's lack of consent and in his treatment of the jury's question on this issue; (2) he failed to instruct the jury that prior inconsistent statements not adopted by the witness do not constitute evidence; (3) he mischaracterized the medical evidence; and (4) he should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the acquittal. All three judges were of the view that the case was one of consent or no consent, and there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent. The majority of the court, however, did not consider the trial judge's errors to be of such significance that the acquittal should be set aside. The dissenting judge would have ordered a new trial.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The cumulative effect of the errors made at trial requires that the appeal be allowed and a new trial ordered, despite the heavy onus on the Crown when it seeks to have an acquittal set aside. V's evidence was clear that she had repeatedly said "no" to the accused and had resisted the assault. There is nothing in the record to indicate that her statements to the police or her testimony at the preliminary hearing were contradictory on this point. The trial judge in his charge to the jury did not mention V's resistance and incorrectly stated that she had not said "no" to the accused. Since the sole issue was consent, this constituted a serious error. The jury were understandably confused by the trial judge's erroneous direction, as indicated by the question they put to him after an hour of deliberation. The judge's response to this question in essence told them they ought to try harder to remember the evidence, and this was an inadequate response. Combined with the other errors, its effect is serious. The second error is that the trial judge failed, as required by law, to instruct the jury that V's prior inconsistent statements were admitted on credibility only and not for the truth of their contents. Some of the trial judge's instructions suggested the prior

dant à des rapports sexuels «traumatiques» ou «très vigoureux». Dans sa défense, l'accusé a soutenu que V avait consenti aux rapports sexuels. Il a aussi affirmé que, même si V refusait d'admettre qu'elle avait consenti, les circonstances étaient telles qu'il avait eu une croyance sincère mais erronée au consentement. Le juge du procès a soumis cette défense au jury, qui l'a acquitté. Le ministère public a interjeté appel, soutenant que le juge du procès avait commis quatre erreurs: (1) il a commis une erreur dans son examen du non-consentement de V et dans sa réponse à la question du jury sur ce point; (2) il a omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve; (3) il a mal qualifié la preuve médicale, et (4) il n'aurait pas dû soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a confirmé l'acquittement. Les trois juges ont conclu qu'il s'agissait d'un cas de consentement ou de non-consentement et qu'il n'y avait aucune vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Cependant, la cour à la majorité n'a pas jugé que les erreurs du juge du procès étaient si importantes qu'elles justifiaient l'annulation de l'acquittement. Le juge dissident aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (le juge Major est dissident): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Iacobucci: Vu l'effet cumulatif des erreurs commises au procès, il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré la lourde charge qui incombe au ministère public lorsqu'il cherche à faire annuler un acquittement. Le témoignage de V était clair: elle avait à maintes reprises dit «non», et s'était opposée à l'agression. Rien au dossier n'indique que les déclarations que V a faites à la police ou son témoignage à l'enquête préliminaire étaient contradictoires sur ce point. Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas mentionné la résistance manifestée par V et a incorrectement affirmé qu'elle n'avait pas dit «non» à l'accusé. Puisque la seule question en litige portait sur le consentement, il s'agissait là d'une grave erreur. Le jury a naturellement été dérouteré par les directives erronées du juge du procès, comme l'indique la question qu'il a posée au juge une heure après le début des délibérations. Le juge a répondu à cette question en disant essentiellement au jury qu'il devait essayer davantage de se rappeler les témoignages, ce qui n'était pas une réponse appropriée. Conjuguée aux autres erreurs, cette réponse a une incidence grave. La deuxième erreur est que le juge du procès a omis d'indi-

statements could be relied on as evidence of what had happened. This erroneous direction constitutes a significant error. The third error lay in mischaracterizing the medical evidence. The trial judge suggested that the doctor's testimony that V suffered genital bruising consistent with "very forceful" or "traumatic" intercourse might not be very relevant since the accused admitted that intercourse had taken place. In fact, the evidence of bruising may have been relevant as an indication of lack of consent or resistance. Since consent was the only issue, this misdirection too assumes significance. Finally, the trial judge should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury, since it was unsupported by the evidence. The trial judge in putting this defence to the jury relied on the fact that the girls were out after midnight, that they willingly entered the car of the accused, that they changed seats without trying to escape, that the windows of the car were down and the doors unlocked and that the girls did not scream, as well as on the erroneous conclusion that there was no evidence of verbal complaint. These circumstances did not provide the required air of reality. Since there is no way of knowing whether the jury acquitted because they had a reasonable doubt about whether V consented, or whether they acquitted on the basis of a defence which should not have been left with them, a new trial should be ordered. Absent the significant errors at trial, a reasonable jury properly charged may well have reached a different verdict.

Per Sopinka J.: A new trial should be ordered by reason of the first three errors found by the Court of Appeal, for the reasons given by McLachlin J. The issue of honest but mistaken belief, however, is not before the Court.

Per La Forest and Gonthier JJ.: A new trial should be ordered, for the reasons given by the dissenting judge in

quer au jury, comme l'exige la loi, que les déclarations antérieures incompatibles de V ont été admises relativement à la question de la crédibilité seulement mais non comme faisant foi de leur contenu. Certaines des directives du juge du procès laissaient entendre que les déclarations antérieures pouvaient être utilisées comme preuve de ce qui s'était passé. Cette directive erronée constitue une erreur importante. La troisième erreur est le fait que la preuve médicale a été mal qualifiée. Relativement au témoignage du médecin que V avait subi des meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rapports sexuels «très vigoureux» ou «traumatiques», le juge du procès a laissé entendre que ce témoignage pourrait ne pas être très pertinent puisque l'accusé avait admis l'existence des rapports sexuels. En fait, la preuve de l'existence de meurtrissures aurait pu être pertinente à titre d'indication de l'absence de consentement ou de la résistance manifestée. Puisque le consentement était la seule question en litige, cette directive erronée prend aussi de l'importance. Enfin, le juge du procès n'aurait pas dû soumettre au jury la défense de la croyance sincère mais erronée puisqu'il n'y avait pas d'élément de preuve à l'appui de cette défense. En soumettant cette défense au jury, le juge du procès s'est fondé sur le fait que les jeunes filles n'étaient pas encore à la maison après minuit, qu'elles étaient volontairement montées dans la voiture de l'accusé, qu'elles avaient changé de place sans essayer de se sauver, que les fenêtres de la voiture étaient baissées et les portes non verrouillées et que les jeunes filles n'avaient pas crié, ainsi que sur la conclusion erronée qu'il n'existait pas de preuve d'une plainte orale. Ces circonstances n'établissaient pas la vraisemblance requise. Puisqu'il n'existe aucun moyen de savoir si le jury a rendu un verdict d'acquiescement parce qu'il avait un doute raisonnable quant au consentement de V ou parce qu'il s'est fondé sur une défense qui n'aurait pas dû lui être soumise, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. N'eussent été les erreurs importantes commises au procès, un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait bien pu arriver à un verdict différent.

Le juge Sopinka: Pour les motifs donnés par le juge McLachlin, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès compte tenu des trois premières erreurs constatées par la Cour d'appel. Cependant, la Cour n'est pas saisie de la question de la croyance sincère mais erronée.

Les juges La Forest et Gonthier: Pour les motifs donnés par le juge dissident de la Cour d'appel, il y a

the Court of Appeal. The defence of honest but mistaken belief is not before the Court.

Per L'Heureux-Dubé J.: A new trial should be ordered, for the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal. The defence of honest but mistaken belief in consent is not before the Court since this is an appeal as of right, the Court of Appeal was unanimous on that issue and no leave to appeal was granted. In any event, as regards that defence, the majority reasons in *R. v. Park* should be referred to. Major J.'s positions on both issues were strongly disagreed with.

Per Major J. (dissenting): The Crown has failed to satisfy the court to a reasonable certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the jury been properly instructed. When the verdict at trial is an acquittal, the Crown appellant does not benefit from the *prima facie* assumption that an error warrants a new trial. The onus is on the Crown from the outset to establish that the errors complained of materially affected the verdict, such that a new trial is justified. There were clearly errors in the trial judge's charge to the jury. The trial judge incorrectly stated that V's evidence was that she did not come out and say "no" exactly. However, this error did not change the outcome of the trial. Immediately thereafter the trial judge admitted that he might be mistaken and told the jury that it was their recollection of the evidence, not his, which was important. In addition, the jury's question indicates that they understood the complainant's evidence to be that she said no. The trial judge did not err in denying the jury's request to have that evidence replayed. While any request for instruction or assistance from a jury must be treated carefully, in the case where a jury wishes to have evidence read or played again, problems can arise, especially in procedural fairness. Here the jury were not advised that they could not obtain assistance, but were told they should make a further attempt on their own and that if this attempt failed, assistance would be forthcoming. With respect to the alleged improper characterization of the medical evidence, the trial judge said that the jury would have to consider this evidence as an indication of the force which must have been used, and thus did not remove the evidence from their consideration on the issue of consent. The trial judge's failure to inform the jury that prior inconsistent statements which had not been adopted by the witnesses could be used only for assessing credibility was an error. In this case, however, the inconsistent statements were before the jury to test

lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La Cour n'est pas saisie de la question de la défense de croyance sincère mais erronée.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs donnés par le juge dissident de la Cour d'appel, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La Cour n'est pas saisie de la question de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement puisqu'il s'agit d'un pourvoi formé de plein droit, que la Cour d'appel a été unanime sur cette question et qu'aucune autorisation de pourvoi n'a été accordée. À tout événement, en ce qui concerne cette défense, il y a lieu de s'en remettre aux motifs majoritaires dans l'arrêt *R. c. Park*. Il y a entier désaccord avec les positions adoptées par le juge Major sur les deux questions examinées.

Le juge Major (dissent): Le ministère public n'a pas convaincu la Cour avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. Lorsqu'un acquittement est prononcé au procès, le ministère public appellant ne bénéficie pas de la présomption *prima facie* qu'une erreur commande un nouveau procès. Le ministère public a la charge dès le début d'établir que les erreurs dont il se plaint ont influé sur le verdict d'une manière si importante que cela justifie un nouveau procès. Il y avait de toute évidence des erreurs dans les directives du juge du procès au jury. Le juge du procès a eu tort d'affirmer qu'il fallait conclure du témoignage de V qu'elle n'avait pas précisément dit un «non» ferme. Toutefois, cette erreur n'a pas eu pour effet de changer l'issue du procès. Juste après, le juge du procès a admis qu'il se trompait peut-être et il a dit aux jurés que c'était leur souvenir du témoignage, et non le sien, qui importait. De plus, la question du jury indique qu'il avait compris du témoignage de la plaignante qu'elle avait dit non. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande du jury de réentendre ce témoignage. Il faut répondre avec soin à toute demande de directives ou d'aide présentée par un jury; toutefois, une demande du jury que la preuve soit lue ou entendue à nouveau peut soulever des problèmes, particulièrement eu égard à l'équité procédurale. En l'espèce, les jurés n'ont pas reçu comme réponse qu'ils ne pouvaient pas obtenir d'aide, mais qu'ils devaient faire encore un effort par eux-mêmes, et que si cela se révélait infructueux, ils recevraient de l'aide. En ce qui concerne le fait que la preuve médicale aurait été mal qualifiée, le juge du procès a dit que le jury devrait considérer cette preuve comme une indication de la force qui a dû être utilisée, et n'a donc pas soustrait la preuve à l'examen du jury sur la question du consentement. Le juge du procès a commis une erreur en omettant de dire au jury que

credibility and not for any other purpose. The final error alleged by the Crown is that the trial judge put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. While the factors listed by the trial judge as supporting the accused's assertion of honest belief in consent do not provide an "air of reality" as required for the defence, this case was one of consent or no consent and credibility was the key issue. Since it is highly unlikely that the jury would have decided the case based on honest but mistaken belief in consent, the verdict would likely have been the same had that defence not been before the jury. The circumstances giving rise to the complaint were decisive. The cramped quarters in which the alleged sexual assault took place were such that some co-operation of the complainant was necessary. This was consistent with the accused's testimony and inconsistent with that of the complainant. The jury were aware of the circumstances and concluded that the accused proceeded with consent, or at least they had a reasonable doubt about his guilt. This finding of fact represents the collective wisdom of the community as expressed by the jury and should not be interfered with.

Cases Cited

By McLachlin 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; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

By Major J. (dissenting)

R. v. Curllett (1936), 66 C.C.C. 256; *R. v. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658; *R. v. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327; *R. v. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310; *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Wydryk* (1971),

les déclarations antérieures incompatibles qui n'avaient pas été confirmées par les témoins pouvaient être utilisées seulement quant à l'évaluation de la crédibilité. En l'espèce, cependant, les déclarations incompatibles ont été soumises au jury pour évaluer la crédibilité, et pour aucune autre fin. Le ministère public allègue comme dernière erreur le fait que le juge du procès a soumis au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Bien que les facteurs énumérés par le juge du procès comme appuyant l'affirmation de l'accusé qu'il croyait sincèrement au consentement ne confèrent pas la «vraisemblance» que doit avoir ce moyen de défense, il s'agit en l'espèce d'une question de consentement ou de non-consentement et la crédibilité est la question clé. Puisqu'il est très improbable que le jury ait statué sur cette affaire en se fondant sur la croyance sincère mais erronée au consentement, le verdict aurait probablement été le même si cette défense n'avait pas été soumise au jury. Les circonstances qui ont donné lieu à la plainte étaient déterminantes. L'exiguïté de l'endroit où a eu lieu l'agression sexuelle alléguée était telle qu'une certaine coopération de la plaignante était nécessaire. Cela est compatible avec le témoignage de l'accusé, mais incompatible avec celui de la plaignante. Le jury était au courant des circonstances et a conclu que l'accusé avait agi avec le consentement de la plaignante, ou il avait au moins un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cette conclusion de fait représente la sagesse de la collectivité exprimée par le jury et elle ne devrait pas être modifiée.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

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; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt mentionné: *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Curllett (1936), 66 C.C.C. 256; *R. c. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658; *R. c. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327; *R. c. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310; *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Wydryk* (1971),

5 C.C.C. (2d) 473; *R. v. Ostrowski*, [1990] 2 S.C.R. 82; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, s. 1014(2), (3) [rep. & sub. 1923, c. 41, s. 9].
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 1013(4), (5) [rep. & sub. 1930, c. 11, s. 28].
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(4), 675(1)(a), 676(1)(a), 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (4) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145], 691(2)(a) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].
Criminal Justice Act 1972 (U.K.), 1972, c. 71, s. 36.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 18 O.R. (3d) 221, 89 C.C.C. (3d) 425, 31 C.R. (4th) 374, 71 O.A.C. 340, affirming the accused's acquittal by Sheppard J. on a charge of sexual assault. Appeal allowed and new trial ordered, Major J. dissenting.

Susan L. Reid, for the appellant.

Lorne Levine, for the respondent.

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

5 C.C.C. (2d) 473; *R. c. Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 1014(2), (3) [abr. & rempl. 1923, ch. 41, art. 9].
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 1013(4), (5) [abr. & rempl. 1930, ch. 11, art. 28].
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 613(1)(b)(iii).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4), 675(1)(a), 676(1)(a), 686(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (4) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145], 691(2)(a) [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)].
Criminal Justice Act 1972 (U.K.), 1972, ch. 71, art. 36.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 18 O.R. (3d) 221, 89 C.C.C. (3d) 425, 31 C.R. (4th) 374, 71 O.A.C. 340, qui a confirmé l'acquittement de l'accusé prononcé par le juge Sheppard relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée, le juge Major est dissident.

Susan L. Reid, pour l'appelante.

Lorne Levine, pour l'intimé.

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

¹ MCLACHLIN J. — Mr. Livermore is charged with sexual assault of a 15-year-old girl, Valerie. At the time of the alleged assault, Livermore was 28 years old. It is common ground that Valerie and her 14-year-old friend Tasha had willingly gone with Livermore and another young man, the co-accused, who picked them up in Livermore's car at an Oshawa pizza store at 1:30 a.m. Livermore drove to a parking lot behind an apartment building where the four consumed some beer and talked. Both Tasha and Valerie testified that Tasha asked to go home after approximately 30 minutes; the accused stated that the four mutually agreed to drive to another location. Livermore drove past Tasha's building to a second parking lot, where the two girls exchanged seats. Livermore then drove to

LE JUGE MCLACHLIN — M. Livermore est accusé d'agression sexuelle sur la personne d'une jeune fille de 15 ans, nommée Valerie. À l'époque de l'agression reprochée, Livermore était âgé de 28 ans. Les parties ont admis que Valerie et son amie Tasha, âgée de 14 ans, avaient volontairement accompagné Livermore et un autre jeune homme, le coaccusé, dans la voiture de Livermore, à leur sortie d'une pizzeria d'Oshawa, à 1 h 30 du matin. Livermore s'est alors dirigé vers un parc de stationnement derrière un immeuble d'habitation où les quatre ont pris de la bière et parlé. Tasha et Valerie ont témoigné que Tasha avait demandé de rentrer à la maison après environ 30 minutes; l'accusé a dit que les quatre avaient convenu de se rendre à un autre endroit. Livermore est passé devant

a third parking lot where he had sexual intercourse with Valerie. After this he drove the two girls to Tasha's home.

Valerie testified that she resisted Mr. Livermore's advances throughout. She stated that although she told the accused to stop kissing her and pushed him away, he climbed over the gear shift, pulled her pants down and had sexual intercourse with her. She stated that she told him "no" during intercourse and tried to push him away. She testified that although the accused was not violent and the windows were open and the doors unlocked, she was afraid to scream or try to escape because in the movies "people that don't say nothing, don't do nothing, just get away". Valerie stated that when they arrived at Tasha's apartment, Livermore hugged her. Valerie said that it was possible that she had hugged him back, before saying "bye". When asked by counsel for the accused why, on returning to Tasha's apartment building, she didn't run into the apartment with Tasha to escape, she stated that she didn't because she didn't want the men "to know that anything was wrong".

The girls testified that on their return to Tasha's home they locked themselves in the bathroom and concocted a story to explain their absence to Tasha's mother. They told Tasha's mother a story that involved the presence of a third girl at the pizza store, whose threatening manner had prompted them to go with Livermore and the co-accused for safety. They also told her that Valerie had been raped. Valerie related the same story in her first statement to the police later that morning. She testified that the only part of the story that was untrue was the explanation of how the girls came to get into the car with Livermore and the co-accused. Valerie says she told her own mother the truth "from the start", at the hospital later in the

chez Tasha sans s'arrêter pour entrer dans un deuxième parc de stationnement où les deux jeunes filles ont changé de place. Livermore s'est ensuite dirigé vers un troisième parc de stationnement où il a eu des rapports sexuels avec Valerie. Il a par la suite reconduit les deux jeunes filles chez Tasha.

Valerie a témoigné que, tout au long de l'agression, elle avait résisté aux avances de M. Livermore. Elle a dit que, même si elle avait dit à l'accusé de cesser de l'embrasser et si elle l'avait repoussé, Livermore était passé par-dessus la boîte de vitesses, lui a descendu les pantalons et a eu des rapports sexuels avec elle. Elle a affirmé lui avoir dit «non» pendant les rapports sexuels et avoir essayé de le repousser. Elle a témoigné qu'elle avait eu peur de crier ou de tenter de s'enfuir, même si l'accusé n'était pas violent et si les fenêtres de la voiture étaient ouvertes et les portes non verrouillées, parce que dans les films [TRANSDUCTION] «les gens qui ne disent rien, ne font rien, réussissent à s'en sortir». Valerie a dit que Livermore l'avait étreinte lorsqu'ils sont arrivés à l'appartement de Tasha. Elle a affirmé qu'elle l'avait peut-être aussi étreint avant de lui dire «bonsoir». Lorsque l'avocat de l'accusé lui a demandé pourquoi elle n'était pas entrée en courant dans l'appartement avec Tasha lorsqu'elles sont arrivées chez Tasha, elle a répondu qu'elle ne l'avait pas fait parce qu'elle ne voulait pas que les hommes [TRANSDUCTION] «pensent qu'il y avait quelque chose qui n'allait pas».

Dans leur témoignage, les jeunes filles ont dit s'être enfermées dans la salle de bains à leur retour chez Tasha et avoir fabriqué une histoire pour expliquer leur absence à la mère de Tasha. Elles lui ont dit qu'il y avait à la pizzeria une troisième fille dont la conduite menaçante les avait incitées à partir avec Livermore et le coaccusé par souci de sécurité. Elles lui ont également dit que Valerie avait été violée. Valerie a raconté la même version de l'incident dans sa première déclaration à la police plus tard ce matin-là. Dans son témoignage, elle a affirmé que la seule partie de l'histoire qui n'était pas vraie était l'explication de la raison pour laquelle elles s'étaient retrouvées dans la voiture avec Livermore et le coaccusé. Valerie a men-

morning, and subsequently told the police the truth in a second statement. A medical examination of Valerie revealed extensive genital bruising consistent with "traumatic" or "very forceful" sexual intercourse.

tionné qu'elle avait dit la vérité à sa mère [TRADUCTION] «dès le départ», à l'hôpital plus tard dans la matinée, et qu'elle avait ensuite dit la vérité à la police dans une deuxième déclaration. Un examen médical a révélé que Valerie avait subi d'importantes meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rapports sexuels [TRADUCTION] «traumatiques» ou «très vigoureux».

4 Livermore's testimony contradicted Valerie's on the issue of consent. He testified that Valerie had been a willing partner while they mutually kissed and touched each other and that he climbed over the gear shift onto her side of the car after she touched his leg and penis. He stated that Valerie lowered her own pants and underpants prior to intercourse. Livermore testified that on the way back to Tasha's apartment, Tasha and Valerie discussed how they would explain their absence to Tasha's mother. He stated that Valerie hugged him before she left the car. Livermore also testified that he gave a slip of paper to Tasha on which he had written his name and telephone number before she and Valerie switched places in the car.

Dans son témoignage, Livermore a contredit Valerie sur la question du consentement. Il a dit que Valerie avait été consentante lorsqu'ils se sont embrassés et touchés et qu'il était passé de son côté de la voiture par-dessus la boîte de vitesses après qu'elle lui eut touché la jambe et le pénis. Il a dit que Valerie avait descendu ses pantalons et sa culotte avant les rapports sexuels. Il a ensuite ajouté que sur le chemin du retour, Tasha et Valerie avaient parlé de la façon dont elles expliqueraient leur absence à la mère de Tasha. Il a dit que Valerie l'avait étreint avant de descendre de la voiture. Livermore a aussi témoigné avoir remis un morceau de papier à Tasha sur lequel il avait écrit son nom et son numéro de téléphone avant que les deux jeunes filles changent de place dans la voiture.

5 In his defence, Livermore maintained that Valerie had consented to the sexual intercourse. He also argued that, in light of Valerie's denial that she had consented, circumstances were such that he had entertained an honest but mistaken belief in consent. The trial judge put this defence to the jury, which acquitted him and his co-accused. The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal: (1994), 18 O.R. (3d) 221. Abella J.A., dissenting, would have ordered a new trial.

Dans sa défense, Livermore a soutenu que Valerie avait consenti aux rapports sexuels. Il a aussi affirmé que, même si Valerie refusait d'admettre qu'elle avait consenti, les circonstances étaient telles qu'il avait eu une croyance sincère mais erronée au consentement. Le juge du procès a soumis cette défense au jury, qui les a acquittés, lui et son coaccusé. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel: (1994), 18 O.R. (3d) 221. Le juge Abella était dissidente et aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

6 Both in the Court of Appeal and in this Court, the Crown alleged that the trial judge made the following four errors:

Tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, le ministère public a soutenu que le juge du procès avait commis les quatre erreurs suivantes:

(1) The trial judge erred in his review of Valerie's lack of consent and in his treatment of the jury's question on this issue;

(1) Le juge du procès a commis une erreur dans son examen du non-consentement de Valerie et dans sa réponse à la question du jury sur ce point;

- (2) The trial judge failed to instruct the jury that prior inconsistent statements not adopted by the witness do not constitute evidence;
- (3) The trial judge mischaracterized the medical evidence; and
- (4) The defence of honest but mistaken belief should not have been left with the jury.
- (2) Le juge du procès a omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve;
- (3) Le juge du procès a mal qualifié la preuve médicale;
- (4) La défense de croyance sincère mais erronée n'aurait pas dû être soumise à l'appréciation du jury.

In my view, the cumulative effect of the errors made at trial requires that the appeal be allowed and a new trial ordered, despite the heavy onus on the Crown when it seeks to have an acquittal set aside.

With respect to the first alleged error, Valerie's evidence was clear that she had repeatedly said "no" to Livermore and had resisted the assault. There is nothing in the record to indicate that her statements to the police or her testimony at the preliminary hearing were contradictory on this point. The contradiction with respect to her saying "no" to the co-accused when he tried to kiss her does not negate the consistency of her testimony with respect to Livermore. The trial judge in his charge to the jury did not mention Valerie's resistance and incorrectly stated that she had not said "no" to Livermore. Since the sole issue was consent, this constituted a serious error.

The jury was understandably confused by the trial judge's erroneous direction, as indicated by the question it put to the judge after an hour of deliberation:

The jury would like to hear evidence repeated with respect to the witness Valerie . . . answering to both the Crown and the defence questioning about when Valerie said, no, to Carson Livermore. Further, can we also hear Valerie's comments of, no, during the preliminary hearing? [Emphasis added.]

The judge's response to this question was accurately described by the dissenting judge in the

À mon avis, vu l'effet cumulatif des erreurs commises au procès, il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré la lourde charge qui incombe au ministère public lorsqu'il cherche à faire annuler un acquittement.

En ce qui concerne la première erreur reprochée, le témoignage de Valerie était clair: elle avait à maintes reprises dit «non», et s'était opposée à l'agression. Rien au dossier n'indique que les déclarations que Valerie a faites à la police ou son témoignage à l'enquête préliminaire étaient contradictoires sur ce point. La contradiction relativement au fait qu'elle a dit «non» au coaccusé lorsque celui-ci a tenté de l'embrasser ne rend pas incompatible pour autant son témoignage relativement à Livermore. Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas mentionné la résistance manifestée par Valerie et a incorrectement affirmé qu'elle n'avait pas dit «non» à Livermore. Puisque la seule question en litige portait sur le consentement, il s'agissait là d'une grave erreur.

Le jury a naturellement été dérouté par les directives erronées du juge du procès, comme l'indique la question qu'il a posée au juge une heure après le début des délibérations.

[TRANSLATION] Le jury aimerait réentendre la partie du témoignage de Valerie [. . .] lorsqu'elle a répondu au ministère public et à l'avocat de la défense qui lui demandaient quand elle avait dit «non» à Carson Livermore. Pourrions-nous aussi entendre les commentaires que Valerie a faits lors de l'enquête préliminaire relativement à son refus? [Je souligne.]

Comme le décrit fort bien le juge dissident de la Cour d'appel, le juge a répondu à cette question en

7

8

9

Court of Appeal as, in essence, telling them they ought to try harder to remember the evidence. This was an inadequate response to the jury's question, which indicated difficulty on the main issue in the case — consent. Combined with the other errors, its effect is serious.

disant essentiellement au jury qu'il devait essayer davantage de se rappeler les témoignages. Ce n'était pas là une réponse appropriée à la question du jury, qui indiquait que ce dernier éprouvait de la difficulté avec la principale question en litige — le consentement. Conjuguée aux autres erreurs, cette réponse a une incidence grave.

10 The second error is that the trial judge failed, as required by law, to instruct the jury that Valerie's prior inconsistent statements were admitted on credibility only and not for the truth of their contents. Some of the trial judge's instructions suggested the prior statements could be relied on as evidence of what had happened. Had Valerie adopted the prior statements in her evidence at trial, no problem would have arisen. However, she did not adopt, but expressly rejected, a number of them. Some of the prior statements, if accepted for the truth of their contents, might have led the jury to a verdict which was not based on the evidence. In particular, Valerie's prior statements, denied at trial, that her pants were tight and that it was she who gave the respondent a hug outside the car, if believed, might have been used by the jury to draw the critical conclusion that Valerie consented. The majority of the Court of Appeal, while finding error on this point, suggested that it was less serious than it might have been since "the witnesses' prior inconsistent statements were used mainly to attack their credibility" (p. 231). With respect, this conclusion is no answer to the fact that the jury might well have concluded from the trial judge's direction that it could use the prior statements as proving the truth of their contents. This erroneous direction constitutes a significant error.

La deuxième erreur est que le juge du procès a omis d'indiquer au jury, comme l'exige la loi, que les déclarations antérieures incompatibles de Valerie ont été admises relativement à la question de la crédibilité seulement mais non comme faisant foi de leur contenu. Certaines des directives du juge du procès laissaient entendre que les déclarations antérieures pouvaient être utilisées comme preuve de ce qui s'était passé. Si, dans son témoignage au procès, Valerie avait confirmé les déclarations antérieures, il n'y aurait pas eu de problème. Cependant, elle ne l'a pas fait, mais a expressément rejeté un certain nombre d'entre elles. Certaines de ces déclarations antérieures, si elles avaient été acceptées comme faisant foi de leur contenu, auraient pu amener le jury à un verdict qui n'était pas fondé sur la preuve. Tout particulièrement, les déclarations antérieures de Valerie, contredites au procès, selon lesquelles elle portait des pantalons serrés et avait étreint l'intimé à l'extérieur de la voiture, auraient pu, si elles avaient été crues, amener le jury à tirer la conclusion fondamentale que Valerie avait consenti. La Cour d'appel à la majorité est arrivée à la conclusion qu'il y avait eu erreur sur ce point, mais a mentionné que cette erreur était moins grave qu'elle aurait pu l'être puisque [TRADUCTION] «les déclarations antérieures des témoins ont principalement servi à attaquer leur crédibilité» (p. 231). En toute déférence, cette conclusion n'apporte pas de solution au fait que le jury aurait pu, à partir des directives du juge du procès, décider qu'il pouvait se servir des déclarations antérieures comme faisant foi de leur contenu. Cette directive erronée constitue une erreur importante.

11 The third error lay in mischaracterizing the medical evidence. Dr. Flock testified that Valerie suffered genital bruising consistent with "very forceful" or "traumatic" intercourse. The trial

La troisième erreur est le fait que la preuve médicale a été mal qualifiée. Le Dr Flock a témoigné que Valerie avait subi des meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rap-

judge suggested to the jury that this evidence might not be very relevant since Livermore admitted that intercourse had taken place. The trial judge said:

As far as the medical evidence of Dr. Flock is concerned, this evidence would be relevant, particularly relevant, if there was a denial that any sexual intercourse or attempted sexual intercourse took place but there is no denial of that. It is admitted. But, the Crown would ask you to consider this evidence as an indication of the force which must have been used to have caused the bruising which the doctor described. Again, this is a fact which you will have to consider. [Emphasis added.]

I agree with the dissenting judge in the Court of Appeal that this passage might be taken as suggesting that the evidence of bruising was of little or no relevance, given the admission of intercourse. In fact, it may have been relevant as an indication of lack of consent or resistance. Since consent was the only issue, this misdirection too assumes significance.

It remains to consider the allegation that the trial judge should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury. The Court of Appeal was unanimous in concluding that it should not have, since the defence was unsupported by the evidence. I agree with that assessment.

Livermore testified that he believed Valerie was consenting to intercourse. The only question is whether there was sufficient foundation in the facts to lend an air of reality to the defence of mistaken but honest belief in consent. There was evidence that Valerie had said no; there was no evidence that she had said yes. The trial judge in putting this defence to the jury relied on the fact that the girls were out after midnight, that they willingly entered the car of the accused, that they changed seats without trying to escape, that the windows of the car were down and the doors unlocked, that the girls did not scream and the erroneous conclusion, discussed earlier in these reasons, that there was no

ports sexuels «très vigoureux» ou «traumatiques». Le juge du procès a indiqué au jury que cette preuve pourrait ne pas être très pertinente puisque Livermore avait admis l'existence des rapports sexuels. Il a dit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la preuve médicale du Dr Flock, cette preuve serait pertinente, tout particulièrement pertinente, si l'on avait nié le fait qu'il y a eu rapports sexuels ou tentative de rapports sexuels; cependant, tel n'est pas le cas. Ce fait a été admis. Cependant, le ministère public vous demande de considérer cette preuve comme une indication de la force qui a dû être utilisée pour causer les meurtrissures décrites par le médecin. Encore une fois, c'est un fait que vous devrez examiner. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge dissident de la Cour d'appel que l'on pourrait considérer ce passage comme signifiant que la preuve de l'existence de meurtrissures n'était pas ou presque pas pertinente, puisque les rapports sexuels ont été admis. En fait, elle aurait pu être pertinente à titre d'indication de l'absence de consentement ou de la résistance manifestée. Puisque le consentement était la seule question en litige, cette directive erronée prend aussi de l'importance.

Il reste à examiner l'argument que le juge du procès n'aurait pas dû soumettre au jury la défense de la croyance sincère mais erronée. La Cour d'appel à l'unanimité a conclu qu'il n'aurait pas dû le faire puisqu'il n'y avait pas d'élément de preuve à l'appui de cette défense. Je suis d'accord avec cette conclusion.

Livermore a témoigné qu'il croyait que Valerie consentait aux rapports sexuels. La seule question est de savoir si les faits rendent vraisemblable la défense de la croyance erronée mais sincère au consentement. Il existait une preuve que Valerie avait dit «non»; il n'en existait pas qu'elle avait dit «oui». En soumettant cette défense au jury, le juge du procès s'est fondé sur le fait que les jeunes filles n'étaient pas encore à la maison après minuit, qu'elles étaient volontairement montées dans la voiture de l'accusé, qu'elles avaient changé de place sans essayer de se sauver, que les fenêtres de la voiture étaient baissées et les portes non verrouillées et que les jeunes filles n'avaient pas crié,

12

13

evidence of verbal complaint. Abella J.A. was of the view that these circumstances did not provide the required air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent (at p. 226):

Not screaming, drinking beer while under age, being out at 1:00 a.m., parking, cavalierly trusting a stranger, switching places in a car after a casual physical encounter, and staying too long in a car someone else has control over, are neither individually nor collectively any basis at all, let alone realistic ones, for assuming that someone is agreeing to sexual intercourse. In my view, there were no reasonable grounds for the accused's beliefs found in the package of factors listed by the trial judge.

14 Galligan J.A., for the majority, suggested that "this case was one of consent or no consent and there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent" (p. 232).

15 The common law has long recognized that defences for which there is no factual basis or evidentiary foundation should not be put to the jury. In *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, this Court articulated the minimum threshold for mistake of fact defences, including an accused person's honest but mistaken belief in consent, as requiring an air of reality to be raised on the evidence and circumstances to support the defence. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. noted that the air of reality test as it relates to honest but mistaken belief in consent in all assault offences has been codified by the requirement in s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that there be "sufficient evidence" in order for the judge to put the defence of mistake to the jury.

16 In *Pappajohn*, McIntyre J. described the air of reality threshold as follows: "to convey such a

ainsi que sur la conclusion erronée, que j'ai examinée dans les présents motifs, qu'il n'existait pas de preuve d'une plainte orale. Le juge Abella était d'avis que ces circonstances n'établissaient pas la vraisemblance requise relativement à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement (à la p. 226):

[TRADUCTION] Le fait de ne pas avoir crié, la consommation de bière par des mineures, le fait de ne pas être à la maison à une heure du matin, de se trouver dans un parc de stationnement, de se fier cavalièrement à un étranger, de changer de place dans une voiture après un contact physique sans importance et de rester trop longtemps dans la voiture de quelqu'un d'autre qui en a le contrôle, ne sont ni individuellement ni collectivement un fondement, encore moins un fondement réaliste, qui permet de supposer qu'une personne consent à des rapports sexuels. À mon avis, on ne trouve parmi les facteurs énumérés par le juge du procès, aucun motif raisonnable à l'appui des croyances de l'accusé.

Le juge Galligan, s'exprimant au nom de la majorité, affirme qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'un cas de consentement ou de non-consentement et qu'il n'y avait aucune vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement» (p. 232).

La common law reconnaît depuis longtemps que l'on ne devrait pas soumettre au jury les moyens de défense non fondés sur les faits ou sur la preuve. Dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, notre Cour a formulé la norme minimale des défenses d'erreur de fait, y compris celle de la croyance sincère mais erronée au consentement, affirmant qu'une vraisemblance doit se dégager de la preuve et des circonstances pour appuyer cette défense. Dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory a affirmé que le critère de la vraisemblance relativement à la croyance sincère mais erronée au consentement dans tous les cas d'infractions de voies de fait a été codifié par l'exigence du par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, selon laquelle il doit y avoir une «preuve suffisante» pour que le juge puisse soumettre la défense d'erreur au jury.

Dans *Pappajohn*, le juge McIntyre a décrit le critère minimal de la vraisemblance en ces termes:

sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred" (p. 128). He observed (at p. 133):

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.

He later clarified this statement in *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, 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?

McIntyre J. in *Pappajohn* was alive to the fact that, absent a requirement that the evidence lend an air of reality to the defence of mistake of fact, the defence could be put forward by the accused in every case of sexual assault merely by the accused's assertion that he believed the complainant consented, to the confusion of the jury and at the risk of a false verdict. Evidence lending an air of reality to the defence may come from the accused or from other sources: *Osolin, supra*, at pp. 686-87 *per* Cory J. and at p. 649 *per* McLachlin J. Nevertheless, the threshold of "sufficient evidence" — the air of reality test — must be maintained if we are to ensure that the defence is one which is not spurious, but founded on the evidence.

The defence of mistake of fact in the context of sexual assault involves two elements: (1) that the accused honestly believed the complainant consented; and (2) that the accused have been mis-taken in this belief. In order for the defence to be

«pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu» (p. 128). Il fait remarquer, à la p. 133:

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.

Il a plus tard clarifié cet énoncé dans *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, aux pp. 790 et 791:

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?

Dans *Pappajohn*, le juge McIntyre était conscient du fait que, si l'on n'exigeait pas que la preuve rende vraisemblable la défense d'erreur de fait, l'accusé pourrait soulever ce moyen de défense dans tous les cas d'agression sexuelle simplement en affirmant qu'il croyait au consentement de la plaignante, ce qui jetterait la confusion dans l'esprit du jury et risquerait d'aboutir à un verdict erroné. La preuve qui rend la défense vraisemblable peut provenir de l'accusé ou d'autres sources: *Osolin*, précité, aux pp. 686 et 687, le juge Cory, et à la p. 649, le juge McLachlin. Néanmoins, le critère minimal d'une «preuve suffisante» — le critère de la vraisemblance — doit être maintenu si nous voulons nous assurer que la défense ne sera pas une défense fallacieuse, mais bien une défense fondée sur la preuve.

La défense d'erreur de fait dans le contexte de l'agression sexuelle comporte deux éléments: (1) l'accusé doit avoir cru sincèrement au consentement de la plaignante, et (2) l'accusé doit avoir eu cette croyance erronément. Pour que la défense

put to the jury, there must be evidence lending an air of reality to both of these elements. Typically, the second element is established through the assertion by the accused or counsel for the accused that he believed the complainant consented although her evidence is to the contrary. It is in relation to the first element — honest belief — that difficulties arise in establishing an air of reality. In order for the belief to be honestly held, the accused cannot have been wilfully blind about whether consent was given: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570. Furthermore, since recklessness about whether there was consent constitutes one aspect of the *mens rea* of sexual assault (*Pappajohn, supra*, at p. 146), the accused cannot have been reckless in his belief that there was consent. While the belief need not be reasonable, there must be something in the evidence of the circumstances surrounding the alleged assault which lends an air of reality to an honest belief in consent.

puisse être soumise au jury, la preuve doit rendre vraisemblables ces deux éléments. Ordinairement, le second élément est établi lorsque l'accusé ou son avocat affirme qu'il croyait au consentement de la plaignante même si celle-ci a prétendu le contraire dans son témoignage. C'est relativement au premier élément — la croyance sincère — que l'on a des difficultés à établir une vraisemblance. Pour qu'il s'agisse d'une croyance sincère, l'accusé ne peut avoir fait preuve d'ignorance volontaire quant au consentement: *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570. Par ailleurs, puisque l'insouciance quant au consentement constitue un aspect de la *mens rea* de l'agression sexuelle (*Pappajohn*, précité, à la p. 146), l'accusé ne peut avoir fait preuve d'insouciance dans sa croyance au consentement. Bien que la croyance n'ait pas besoin d'être raisonnable, il doit y avoir dans la preuve relative aux circonstances entourant l'agression reprochée quelque chose qui rend vraisemblable une croyance sincère au consentement.

19 In the case at bar, the accused testified that he believed Valerie consented, contrary to her evidence that she resisted intercourse throughout. The element of mistake is made out. There is no evidence, however, which lends an air of reality to the assertion by the accused that he had an honest belief in Valerie's consent to intercourse. The evidence of Livermore was that Valerie clearly consented. The evidence of Valerie was that, far from consenting, she resisted and repeatedly said "no". Tasha's testimony corroborated Valerie's testimony in this regard. The question to be answered is whether there was evidence adduced which would nonetheless lend an air of reality to the creation in the accused's mind of an honest belief that Valerie was consenting notwithstanding the fact that their testimony on the central issue of consent was so diametrically opposed. In other words, was there a realistic evidentiary basis, upon which the jury could conclude that what really happened was a third version, that is, lack of consent but honest mistake by Livermore that it had been given. In my view, there was none.

En l'espèce, l'accusé a témoigné qu'il croyait que Valerie consentait, contrairement au témoignage de celle-ci qu'elle avait résisté tout au long des rapports sexuels. L'élément d'erreur est établi. Cependant, il n'y a pas de preuve qui rende vraisemblable l'affirmation de l'accusé qu'il croyait sincèrement que Valerie consentait aux rapports sexuels. Le témoignage de Livermore était que Valerie avait clairement consenti. Par contre, dans son témoignage, Valerie a dit que, loin d'avoir consenti, elle avait résisté et avait répété «non» à maintes reprises. Le témoignage de Tasha corroborait celui de Valerie sur ce point. Il s'agit de déterminer si l'on a présenté une preuve selon laquelle il serait néanmoins vraisemblable que l'accusé ait pu croire sincèrement au consentement de Valerie, même si leur témoignage respectif était si diamétralement opposé sur la question primordiale du consentement. En d'autres termes, existait-il un élément de preuve vraisemblable, permettant au jury de conclure à l'existence d'une troisième version, c'est-à-dire qu'il y avait absence de consentement mais que Livermore avait sincèrement mais erronément cru à l'existence de ce consentement. À mon avis, il n'en existait pas.