

Patrick John Goldfinch *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Ontario and Criminal Lawyers' Association of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. GOLDFINCH

2019 SCC 38

File No.: 38270.

2019: January 16; 2019: June 28.

Present: Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Evidence — Admissibility — Complainant's sexual activity — Accused charged with sexual assault — Accused seeking to introduce evidence that he and complainant were in sexual relationship at time of alleged assault — Trial judge admitting evidence and giving mid-trial and final limiting instructions to jury on use it could make of it — Accused acquitted — Whether sexual relationship evidence admissible — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 276.

The accused was charged with sexually assaulting a woman he had dated and lived with. The two remained friends and the complainant would occasionally come to the accused's house and stay overnight. At trial, the accused requested a *voir dire* to determine if evidence that he and the complainant were in a sexual relationship — “friends with benefits” — at the time of the alleged assault was admissible under s. 276 of the *Criminal Code*. He argued that the sexual nature of the relationship provided important context without which the jury would be left with the artificial impression that he and the complainant had a platonic relationship. The accused also advanced that he did not intend to rely on this evidence to support the twin-myth inferences that the complainant was more

Patrick John Goldfinch *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureure générale de l'Ontario et Criminal Lawyers' Association of Ontario *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : R. c. GOLDFINCH

2019 CSC 38

N° du greffe : 38270.

2019 : 16 janvier; 2019 : 28 juin.

Présents : Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin.

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

Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Activité sexuelle de la plaignante — Accusé inculpé d'agression sexuelle — Demande de l'accusé en vue de présenter une preuve que la plaignante et lui entretenaient une relation à caractère sexuel au moment de l'agression reprochée — Admission de la preuve par la juge du procès et directives restrictives données au jury par celle-ci au cours et à la fin du procès concernant l'utilisation qu'il pouvait en faire — Accusé acquitté — La preuve de la relation à caractère sexuel était-elle admissible? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276.

L'accusé a été inculpé d'avoir agressé sexuellement une femme qu'il avait fréquentée et avec laquelle il avait habité. L'accusé et la plaignante sont restés amis et celle-ci allait parfois chez lui et y passait la nuit. Au procès, l'accusé a demandé la tenue d'un *voir-dire* pour que le tribunal établisse si la preuve que la plaignante et lui entretenaient une relation à caractère sexuel — « amis-amants » — au moment de l'agression reprochée était admissible au titre de l'art. 276 du *Code criminel*. Il a fait valoir que le caractère sexuel de la relation fournissait une mise en contexte importante sans laquelle le jury aurait la fausse impression que la plaignante et lui entretenaient une relation platonique. L'accusé a aussi soutenu qu'il n'avait pas l'intention de s'appuyer sur cette preuve pour étayer des

likely to have consented to the sexual activity or was less worthy of belief. The trial judge admitted the evidence, concluding that keeping this “relatively benign” evidence from the jury would lend an element of artificiality to the proceedings and harm the accused’s right to make full answer and defence. At trial, both sides led evidence regarding the frequency of the sexual contact between the complainant and the accused. The jury found the accused not guilty. A majority of the Court of Appeal allowed the Crown’s appeal and ordered a new trial, finding that the trial judge had erred in admitting the evidence. In its view, the only inferences to be drawn from the evidence were those relying on the twin myths and limiting instructions could not cure the fact that the jury had heard inadmissible evidence for which there was no permissible use. The accused appeals as of right to the Court on the issue of whether the “friends with benefits” evidence was admissible.

Held (Brown J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Abella, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ.: The evidence in this case did not meet the requirements of s. 276 of the *Criminal Code* and admitting it was a reversible error of law which might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal. A new trial is required.

The Canadian justice system strives to protect the ability of triers of fact to get at the truth. In cases of sexual assault, evidence of a complainant’s prior sexual history — if relied upon to suggest that the complainant was more likely to have consented to the sexual activity in question or is generally less worthy of belief — undermines this truth-seeking function and threatens the equality, privacy and security rights of complainants. Section 276 was enacted to mitigate these harms, balancing a number of trial fairness considerations and seeking to exclude evidence known to distort the fact-finding process. It protects the integrity of the trial process by safeguarding both the dignity and privacy of complainants and the right of accused persons to make full answer and defence. It is designed to exclude irrelevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative.

inférences fondées sur les deux mythes, selon lesquelles la plaignante serait plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle ou qu’elle serait moins digne de foi. La juge du procès a admis la preuve, et a conclu que de ne pas présenter cette preuve « relativement inoffensive » au jury conférerait un élément d’artificialité à l’instance et porterait atteinte au droit de l’accusé à une défense pleine et entière. Au procès, les deux parties ont présenté des éléments de preuve concernant la fréquence des rapports sexuels entre la plaignante et l’accusé. Le jury a déclaré l’accusé non coupable. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont accueilli l’appel de la Couronne et ont ordonné un nouveau procès, pour le motif que la juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve. À leur avis, les seules inférences pouvant être tirées de la preuve étaient celles reposant sur les deux mythes et les directives restrictives ne pouvaient pas remédier au fait que le jury avait entendu une preuve inadmissible pour laquelle aucune utilisation n’était permise. L’accusé interjette appel de plein droit à la Cour sur la question de savoir si la preuve concernant la relation d’« amis-amants » était admissible.

Arrêt (le juge Brown est dissident) : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Martin : La preuve en l’espèce ne satisfaisait pas aux exigences de l’art. 276 du *Code criminel*. L’admission de cette preuve constituait une erreur de droit justifiant l’annulation de la décision, et on peut raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement. Un nouveau procès est nécessaire.

Le système de justice canadien vise à protéger la capacité des juges des faits de découvrir la vérité. Dans les cas d’agression sexuelle, la preuve concernant le passé sexuel de la plaignante — si elle est invoquée pour suggérer que celle-ci était plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en cause ou qu’elle est généralement moins digne de foi — compromet cette fonction de recherche de la vérité et menace les droits à l’égalité, à la vie privée et à la sécurité des plaignantes. L’article 276 a été adopté afin d’atténuer ces dangers : il met en balance diverses considérations liées à l’équité du procès et vise à exclure les éléments de preuve connus pour fausser le processus de détermination des faits. Il protège l’intégrité du processus judiciaire en établissant un équilibre entre la dignité et le droit à la vie privée des plaignantes et le droit des accusés à une défense pleine et entière. Il vise à exclure les renseignements non pertinents dont l’effet préjudiciable sur l’administration de la justice l’emporte sur leur valeur probante.

Sections 276(1) and (2) operate together to achieve these objectives. Section 276(1) sets out an absolute bar against introducing evidence of the complainant's prior sexual activity for the purpose of drawing twin-myth inferences. When an accused seeks to introduce such evidence for some other purpose, that evidence is presumptively inadmissible unless the accused satisfies s. 276(2). To do so, the accused must demonstrate that the evidence is of specific instances of sexual activity, is relevant to an issue at trial, and has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. The accused must identify the evidence and its purpose with sufficient precision to allow the judge to apply s. 276(2) and weigh the factors set out in s. 276(3), which include the accused's right to make full answer and defence, the need to remove discriminatory beliefs or biases from the fact-finding process, the potential prejudice to the complainant's dignity and privacy, and the right of every individual to the full protection and benefit of the law.

Evidence of a relationship that implies sexual activity clearly engages s. 276(1), and, to be admissible, must satisfy the requirements of s. 276(2). The risk that evidence of a relationship which implies sexual activity may be used to support twin-myth reasoning is clear. Even relatively benign relationship evidence must be scrutinized and handled with care. If the accused cannot point to a relevant use of the evidence other than the twin myths, mere assurances that the evidence will not be used for those purposes are insufficient.

In this case, the evidence was barred by s. 276(1) because it served no purpose other than to support the inference that because the complainant had consented in the past, she was more likely to have consented on the night in question. Nor did the evidence satisfy the conditions of admissibility under s. 276(2).

As to the first condition, the accused successfully demonstrated that the evidence was of specific instances of sexual activity. The words "specific instances of sexual activity" in s. 276(2)(a) must be read in light of the scheme and broader purpose of s. 276. Evidence of a relationship that implies sexual activity inherently encompasses specific instances of sexual activity. To satisfy s. 276(2)(a), the accused must point to identifiable activity, but the degree of specificity required in a particular case will depend on the nature of the

Les paragraphes 276(1) et (2) s'appliquent ensemble en vue d'atteindre ces objectifs. Le paragraphe 276(1) interdit de façon absolue la présentation d'une preuve concernant une activité sexuelle antérieure de la plaignante dans le but de tirer des inférences fondées sur les deux mythes. Lorsqu'un accusé cherche à présenter une preuve de cette nature à une autre fin, celle-ci est présumée inadmissible à moins que l'accusé ne satisfasse aux exigences du par. 276(2). Pour ce faire, l'accusé doit démontrer que la preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle, qu'elle est en rapport avec un élément de la cause et que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. L'accusé doit indiquer la preuve et la fin à laquelle elle sera utilisée avec suffisamment de précision pour permettre au juge d'appliquer le par. 276(2) et de soupeser les facteurs énoncés au par. 276(3), qui comprennent notamment le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la nécessité d'écarter du processus de détermination des faits les opinions ou préjugés discriminatoires, le risque d'atteinte à la dignité de la plaignante et à son droit à la vie privée et le droit de chacun à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi.

La preuve d'une relation qui suppose des activités sexuelles fait manifestement intervenir le par. 276(1), et pour être admissible, elle doit satisfaire aux exigences du par. 276(2). Le risque que la preuve d'une relation comportant des activités sexuelles soit utilisée pour étayer un raisonnement fondé sur les deux mythes est évident. Même la preuve relativement inoffensive d'une relation doit être examinée attentivement et utilisée avec prudence. Si l'accusé ne peut indiquer aucune utilisation pertinente de la preuve autre que celle visant à étayer les deux mythes, la simple assurance que cette preuve ne sera pas utilisée à ces fins ne suffit pas.

En l'espèce, la preuve était inadmissible suivant le par. 276(1) parce qu'elle ne servait qu'à étayer l'inférence selon laquelle la plaignante était plus susceptible d'avoir consenti à une activité sexuelle le soir en question parce qu'elle y avait consenti dans le passé. Elle ne répondait pas non plus aux conditions d'admissibilité du par. 276(2).

Pour ce qui est de la première condition, l'accusé a démontré avec succès que la preuve portait sur des cas particuliers d'activité sexuelle. L'expression « cas particuliers d'activité sexuelle » à l'al. 276(2)a) doit être interprétée à la lumière du régime de l'art. 276 et de son objectif plus large. La preuve d'une relation supposant des activités sexuelles comprend nécessairement des cas particuliers d'activité sexuelle. Pour que l'al. 276(2)a) soit respecté, l'accusé doit faire état d'une activité identifiable,

evidence, how the accused intends to use it, and its potential to prejudice the administration of justice. Here, the accused specified the parties to the relationship, the nature of that relationship and the relevant time period. Requiring further details would have unnecessarily invaded the complainant's privacy.

However, the accused failed to fulfill the second condition by establishing that the evidence was relevant to an issue at trial as required by s. 276(2)(b). The accused must identify, with precision, how the evidence is relevant to a specific issue at trial. The relevant issue cannot be one of the twin myths prohibited by s. 276(1), and generic references to credibility of the accused or the complainant, narrative or context will not suffice. While the case law provides examples of how evidence of previous sexual activity between an accused and a complainant may be relevant to an issue at trial, none of them apply in this case. There are circumstances in which evidence of a sexual relationship may be fundamental to the coherence of an accused's narrative, and by extension, credibility, but here there was nothing about the accused's testimony that cast him in an unfavourable light or rendered his narrative untenable absent the information that he and the complainant were friends with benefits.

As for the third condition — which requires balancing a number of factors to determine whether the evidence has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice — the accused's right to make full answer and defence would not have been compromised by excluding the sexual nature of his relationship with the complainant. Indeed, the evidence was not relevant to an issue at trial and therefore had no probative value.

Admitting the evidence was a reversible error of law which might reasonably be thought to have had a material bearing on the acquittal and a new trial is therefore required. The improper admission of the evidence as "context" risked infecting the trial with the precise prejudicial assumptions s. 276 was designed to weed out. The jury should not have been privy to particulars regarding the frequency of the sexual contact or the accused's testimony characterizing the evening as "typical" or "routine". That evidence clearly engaged twin-myth reasoning by suggesting that because the complainant had "typically"

mais le degré de particularité requis dans une affaire donnée dépendra de la nature de la preuve, de la façon dont l'accusé entend l'utiliser et de la possibilité qu'elle ait un effet préjudiciable sur l'administration de la justice. En l'espèce, l'accusé a précisé les parties à la relation, la nature de cette relation et la période pertinente. Exiger plus de détails porterait inutilement atteinte au droit à la vie privée de la plaignante.

Toutefois, l'accusé n'a pas réussi à respecter la deuxième condition, soit celle voulant que la preuve soit en rapport avec un élément de la cause, comme le prévoit l'al. 276(2)b). L'accusé doit indiquer, avec précision, la façon dont la preuve est en rapport avec un élément de la cause. Le rapport entre la preuve et un élément de la cause ne peut être l'un des deux mythes interdits par le par. 276(1), et les allusions générales à la crédibilité de l'accusé ou de la plaignante, au récit ou au contexte ne suffisent pas non plus. Même si la jurisprudence offre des exemples de la façon dont la preuve concernant une activité sexuelle antérieure entre un accusé et une plaignante peut être en rapport avec un élément de la cause, aucun de ceux-ci ne s'applique en l'espèce. Il peut y avoir des circonstances où la preuve concernant une relation sexuelle sera fondamentale pour la cohérence du récit de l'accusé, et par extension, pour sa crédibilité, mais en l'espèce, aucun élément du témoignage de l'accusé ne le présentait sous un mauvais jour ou ne rendait son récit indéfendable si on ne sait pas que la plaignante et lui entretenaient une relation d'amis-amants.

Pour ce qui est de la troisième condition — qui exige une mise en balance de facteurs afin d'établir si le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante — le droit de l'accusé à une défense pleine et entière n'aurait pas été compromis par l'exclusion de la preuve du caractère sexuel de sa relation avec la plaignante. De fait, la preuve n'était pas en rapport avec un élément de la cause, et elle n'a donc pas de valeur probante.

L'admission de cette preuve constituait une erreur de droit justifiant l'annulation de la décision, et on peut raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d'acquiescement; un nouveau procès est donc nécessaire. L'admission irrégulière de la preuve à titre de « contexte » risque de vicier le procès en introduisant les idées reçues préjudiciables que l'art. 276 visait justement à écarter. Le jury n'aurait pas dû être au courant des détails concernant la fréquence des rapports sexuels ou du témoignage de l'accusé caractérisant la soirée d'« habituelle » ou de « typique ». Cette preuve

consented to sex with the accused in the past, she was more likely to have done so on that “routine” occasion.

Per Moldaver and Rowe JJ.: The trial judge erred in admitting the “friends with benefits” evidence under s. 276 of the *Criminal Code*, having particular regard to the manifest deficiencies in the accused’s application to introduce this evidence. The improper admission of the evidence for the broad purpose of providing “context” led to a significant and highly prejudicial broadening of the sexual activity evidence at trial, which might reasonably have had a material bearing on the accused’s acquittal. Accordingly, a new trial is warranted, and the appeal should be dismissed.

The s. 276 regime is designed to respect and preserve the rights of both complainants and accused persons by excluding evidence which would undermine the legitimacy of our criminal justice system and inhibit the search for truth, while allowing for the admission of evidence which would enhance the legitimacy of our criminal justice system and promote the search for truth. In this way, the regime seeks to promote the integrity of the trial process as a whole — a concept that is essential to the public’s faith in the criminal justice system. In pursuing this objective, the s. 276 regime operates in a step-by-step manner. From the accused’s initial application under s. 276.1 to the final limiting instruction required by s. 276.4, the s. 276 regime establishes a rigorous, multistep process through which sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused must be carefully vetted and winnowed down to its essentials. To make its way into evidence at trial, such evidence must withstand careful scrutiny at each stage of the process.

Section 276(1) prohibits the use of sexual activity evidence to support one of the twin myths identified in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. In doing so, it gives effect to the principle that these myths are simply not relevant at trial and can severely distort the trial process. Accordingly, if the sole purpose for which sexual activity evidence is being proffered is to support either of the twin myths, it will be ruled inadmissible under s. 276(1).

invoquait manifestement le raisonnement fondé sur les deux mythes, car elle laisse entendre que parce que la plaignante avait « habituellement » consenti à avoir des rapports sexuels avec l’accusé par le passé, elle était plus susceptible d’avoir consenti à un tel rapport lors de cette soirée « typique ».

Les juges Moldaver et Rowe : La juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve de la relation « amis-amants » en application de l’art. 276 du *Code criminel*, compte tenu notamment des lacunes évidentes dans la demande de l’accusé visant la présentation de cette preuve. L’admission injustifiée de cet élément de preuve à des fins générales de mise en « contexte » a mené à un élargissement important et hautement préjudiciable de la preuve concernant une activité sexuelle présentée au procès, ce qui pourrait raisonnablement avoir eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de l’accusé. Par conséquent, la tenue d’un nouveau procès est justifiée, et le pourvoi devrait être rejeté.

Le régime établi par l’art. 276 vise à assurer le respect et la protection des droits des plaignantes aussi bien que ceux des accusés, en excluant des éléments de preuve susceptibles de compromettre la légitimité de notre système de justice criminelle et d’entraver la recherche de la vérité, tout en permettant la présentation d’éléments de preuve qui renforceraient la légitimité de notre système de justice criminelle et favoriseraient la recherche de la vérité. De cette façon, le régime vise à promouvoir l’intégrité du procès dans son ensemble — un concept essentiel à la confiance du public dans le système de justice criminelle. En vue de l’atteinte de cet objectif, le régime de l’art. 276 fonctionne par étapes. De la demande initiale de l’accusé fondée sur l’art. 276.1 jusqu’aux directives restrictives qu’exige l’art. 276.4, le régime de l’art. 276 établit un processus strict à plusieurs étapes au cours duquel la preuve concernant une activité sexuelle présentée par l’accusé ou son représentant doit être soigneusement examinée et ramenée à l’essentiel. Pour pouvoir être présentée au procès, une telle preuve doit résister à un examen minutieux à chaque étape du processus.

Le paragraphe 276(1) interdit l’utilisation d’une preuve concernant une activité sexuelle à l’appui de l’un des deux mythes décrits dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Ce faisant, il donne effet au principe selon lequel ces mythes ne sont simplement pas pertinents au procès et peuvent dénaturer gravement celui-ci. Par conséquent, si la preuve concernant une activité sexuelle n’est présentée que pour étayer l’un des deux mythes, elle sera jugée inadmissible en application du par. 276(1).

But that does not mean sexual activity evidence will always be ruled inadmissible. While sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused is presumptively inadmissible, such evidence may be admitted where it satisfies a three-part test under s. 276(2). Before sexual activity evidence can be admitted under this provision, the accused must file a written application under s. 276.1. If the judge is not satisfied that certain requirements have been met (e.g., the application is deficient), then he or she may dismiss the application without more. On the other hand, if the accused's written application survives scrutiny, then the process moves to the *voir dire* stage and the court's attention shifts to s. 276(2).

The first requirement of s. 276(2) is that the evidence be of specific instances of sexual activity. As stated in *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, the content of the "specific instances" requirement is linked to the nature of the evidence sought to be adduced. Where the accused seeks to introduce evidence of an individual instance of sexual activity, he must identify that instance with specificity. By contrast, where the accused seeks to introduce general evidence that describes the nature of the relationship between the accused and the complainant, the specificity requirement speaks to factors relevant to identifying the relationship and its nature and not to details of specific sexual encounters. These factors will include the parties to the relationship, the relevant time period, and the nature of the relationship.

The second requirement of s. 276(2) is that the evidence be "relevant to an issue at trial". To satisfy this requirement, the accused must demonstrate that the evidence goes to a legitimate aspect of his defence and is integral to his ability to make full answer and defence. This requires that the accused be able to identify specific facts or issues relating to his defence that can be properly understood and resolved by the trier of fact only if reference is made to the sexual activity evidence in question. In articulating these specific facts or issues, simply citing the need to provide greater "context" or a fuller "narrative" will not suffice. Similarly, bare invocations of credibility will not be enough. Furthermore, the requirement that the evidence be "integral" to the accused's ability to make full answer and defence means that even if the evidence can be linked to specific facts or issues relating to the accused's defence, admission is not guaranteed. There may be cases in which the evidence, while relevant to specific facts or issues relating to the accused's defence, bears only marginally on it. In such cases, the trial judge may, in his or her discretion, exclude the evidence on the basis that countervailing considerations, such as the need to protect

Toutefois, cela ne veut pas dire que la preuve concernant une activité sexuelle sera toujours jugée inadmissible. Bien que la preuve concernant une activité sexuelle présentée par l'accusé ou son représentant soit présumée inadmissible, elle peut être admise si elle respecte le test en trois volets prévu au par. 276(2). Avant qu'une preuve concernant une activité sexuelle puisse être admise au titre de cette disposition, l'accusé doit déposer une demande écrite fondée sur l'art. 276.1. Si le juge n'est pas convaincu du respect de certaines exigences (p. ex., la demande écrite présente des lacunes), il peut tout simplement rejeter la demande. En revanche, si la demande écrite de l'accusé résiste à l'examen, l'instance passe alors à l'étape du *voir-dire* et l'attention du tribunal se dirige vers le par. 276(2).

Le paragraphe 276(2) exige en premier lieu que la preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle. Comme il est énoncé dans *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, le contenu de cette exigence est lié à la nature de la preuve que l'accusé cherche à présenter. Lorsque celui-ci cherche à présenter la preuve d'un cas particulier d'activité sexuelle, il doit décrire ce cas avec précision. Par contre, lorsque l'accusé cherche à présenter une preuve générale qui décrit la nature de la relation entre lui et la plaignante, l'exigence relative aux cas particuliers renvoie aux facteurs permettant de définir la relation et sa nature et non aux détails des rapports sexuels particuliers. Ces facteurs comprennent notamment les parties à la relation, la période pertinente et la nature de la relation.

Le paragraphe 276(2) exige en second lieu que la preuve soit « en rapport avec un élément de la cause ». Pour satisfaire à cette exigence, l'accusé doit démontrer que la preuve s'attache à un aspect légitime de sa défense et qu'elle est essentielle à sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Pour cela, l'accusé doit pouvoir cerner les questions ou faits précis liés à sa défense que le juge des faits ne pourrait résoudre ou comprendre adéquatement que s'il est fait référence à la preuve en cause concernant une activité sexuelle. Au moment de formuler ces questions ou faits précis, l'accusé ne pourra se contenter de faire valoir la nécessité d'une mise en « contexte » plus générale ou d'un « récit » plus détaillé. De la même façon, invoquer simplement la crédibilité ne suffit pas non plus. Par ailleurs, l'exigence voulant que la preuve soit « essentielle » à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière signifie que, même s'il est possible de rattacher la preuve à des questions ou faits précis liés à la défense de l'accusé, son admission n'est pas garantie. Il peut y avoir des cas où la preuve, bien qu'elle soit en rapport avec des questions ou faits précis liés à la défense de l'accusé, n'a que peu d'incidence sur celle-ci. En pareils cas, le juge

the privacy rights and dignity of the complainant, outweigh the tenuous connection the evidence has to the accused's ability to make full answer and defence.

The third requirement of s. 276(2) is that the evidence have significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice. As explained in *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, the requirement of significant probative value serves to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the proper administration of justice.

In undertaking the analysis required by s. 276(2), which is designed to ensure that any admissible sexual activity evidence is limited in scope and that its legitimate purpose is identified and weighed against countervailing considerations, the trial judge must take into account the factors listed in s. 276(3). To the extent sexual activity evidence is ultimately admitted, the trial judge must explain to the jury, in clear and precise terms, the uses for which the evidence may — and may not — be used. Finally, all trial participants — including the trial judge, Crown and defence counsel, and witnesses — must hew to the specific, legitimate purpose for which the evidence has been admitted, without expanding the scope of the ruling or using the admissible evidence for inadmissible purposes. This is essential to preserving not only the rights of the accused and the complainant, but also the integrity of the trial process as a whole.

In this case, the “friends with benefits” evidence could, on its face, potentially be used to support the first of the twin myths — the myth that because the complainant consented to have sex with the accused in the past, she was more likely to have consented to the sexual activity forming the subject-matter of the sexual assault charge. However, s. 276(1) takes this potential use off the table. As such, unless the accused could point to some legitimate use of the sexual activity evidence that would justify admission under s. 276(2), that evidence was inadmissible.

Although the accused's application under s. 276.1 satisfied the specificity requirement under s. 276(2)(a), it failed to satisfy the relevance requirement under s. 276(2)(b). The accused argued that the threshold for relevance was met because the “friends with benefits” evidence: (1) was necessary to avoid an erroneous misapprehension on the

du procès peut, à sa discrétion, exclure la preuve au motif que des considérations faisant contrepois, telles que la nécessité de protéger le droit à la vie privée et la dignité de la plaignante, l'emportent sur le lien ténu qui existe entre la preuve et la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

En troisième lieu, le par. 276(2) exige que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. Comme il est expliqué dans *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, l'exigence relative à la valeur probante sert à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s'ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux inférences interdites, compromettraient néanmoins la bonne administration de la justice.

Lorsqu'il procède à l'analyse que commande le par. 276(2), qui vise à ce que toute preuve admissible concernant une activité sexuelle ait une portée limitée et que la fin légitime qu'elle vise soit précisée et soupesée au regard de considérations faisant contrepois, le juge du procès doit prendre en considération les facteurs énumérés au par. 276(3). Dans la mesure où la preuve concernant une activité sexuelle est finalement admise, le juge du procès doit expliquer au jury, en termes clairs et précis, les fins auxquelles celle-ci peut — et ne peut pas — être utilisée. Enfin, tous les participants au procès — y compris le juge, les avocats de la poursuite et de la défense, et les témoins — doivent s'en tenir à la fin précise et légitime pour laquelle la preuve a été admise, sans élargir la portée de la décision ou utiliser la preuve admissible à des fins inadmissibles. Cela est essentiel non seulement pour protéger les droits de l'accusé et de la plaignante, mais aussi pour préserver l'intégrité du procès dans son ensemble.

En l'espèce, la preuve de la relation « amis-amants » pourrait, à première vue, servir à étayer le premier des deux mythes — celui voulant que, parce que la plaignante a déjà consenti à avoir des relations sexuelles avec l'accusé, elle était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation d'agression sexuelle. Or, le par. 276(1) écarte cette utilisation potentielle. Ainsi, à moins que l'accusé ait pu indiquer une utilisation légitime de la preuve concernant une activité sexuelle qui justifierait son admission en application du par. 276(2), celle-ci était inadmissible.

Bien que la demande de l'accusé fondée sur l'art. 276.1 respectait le critère relatif aux cas particuliers d'activité sexuelle prévu à l'al. 276(2)a), elle ne satisfaisait pas à l'exigence de pertinence énoncée à l'al. 276(2)b). L'accusé soutenait que le critère de la pertinence était respecté parce que la preuve de la relation « amis-amants » : (1) était

part of the jury that he and the complainant were platonic friends at the time of the alleged sexual assault; and (2) provided “context” to the issues at trial. However, the accused did not explain why it was necessary to correct any potential misapprehension as to the sexual nature of his relationship with the complainant. In addition, the accused failed to identify a specific, legitimate purpose for putting the evidence before the jury — he did not link the evidence to specific facts or issues relating to his defence that could be properly understood and resolved only if reference could be made to the “friends with benefits” evidence.

The evidence was also incapable of satisfying the third requirement under s. 276(2). Because the evidence was not relevant to an issue at trial based on the application presented to the trial judge, it was necessarily incapable of possessing any probative value.

However, the possibility that the presiding judge at the new trial might, if presented with a properly framed s. 276.1 application, admit the evidence after applying the test and weighing the factors in s. 276(2) and (3) should not be foreclosed. Without reaching any final decision on the matter, there was at least one specific issue that the accused could have referred to in his application that might have properly supported admission of the “friends with benefits” evidence: the jury’s assessment of his testimony that he mouthed the words “I’m going to fuck you” to the complainant. If the jury lacked the knowledge that the two were in a sexual relationship at the time, that statement might have seemed bizarre or even menacing. Furthermore, the accused’s testimony that he made that statement to the complainant may itself have seemed implausible. In this way, withholding the sexual nature of the accused’s relationship with the complainant could have had an adverse impact on the jury’s assessment of his credibility, potentially infringing upon his right to make full answer and defence. Had the accused referenced this aspect of his anticipated testimony in his s. 276.1 application, the trial judge would have been better equipped to engage in the balancing exercise required by s. 276(2) and (3) and may have properly determined that the evidence was admissible for the narrow purpose of allowing the jury to assess the accused’s testimony on this point.

A new trial is required. A number of errors occurred at trial as a result of the trial judge’s improper s. 276

nécessaire pour éviter que le jury croit, en raison d’une interprétation erronée, que la plaignante et lui entretenaient une relation platonique au moment de l’agression sexuelle reprochée; et (2) mettait en « contexte » les éléments de la cause. Cependant, l’accusé n’a pas expliqué pourquoi il était nécessaire que soit corrigée toute interprétation erronée quant au caractère sexuel de sa relation avec la plaignante. De plus, l’accusé a omis d’invoquer une fin légitime précise pour laquelle il voulait présenter la preuve au jury — il n’a établi aucun lien entre la preuve et des questions ou faits précis liés à sa défense dont la résolution ou la compréhension nécessitait qu’il soit fait référence à la preuve de la relation « amis-amants ».

De plus, la preuve ne respectait pas la troisième exigence énoncée au par. 276(2). Étant donné que la preuve n’était pas en rapport avec un élément de la cause eu égard à la demande présentée à la juge du procès, elle était nécessairement dénuée de toute valeur probante.

Cependant, il ne faut pas écarter la possibilité que le juge qui préside l’audience lors du nouveau procès, dans le cas où une demande dûment formulée conformément à l’art. 276.1 lui est présentée, admette la preuve après avoir appliqué le critère et soupesé les facteurs énoncés aux par. 276(2) et (3). Sans trancher définitivement la question, il y avait au moins une question précise que l’accusé aurait pu mentionner dans sa demande et qui était susceptible de justifier adéquatement l’admission de la preuve concernant la relation « amis-amants » : l’appréciation par le jury de son témoignage concernant le fait qu’il aurait articulé en silence à l’intention de la plaignante les mots « je vais te baiser ». Si le jury ne savait pas que la plaignante et l’accusé entretenaient une relation à caractère sexuel à l’époque, cette déclaration aurait pu leur sembler bizarre et même menaçante. De plus, le témoignage de l’accusé concernant le fait qu’il se soit ainsi adressé à la plaignante aurait pu en lui-même paraître invraisemblable. De cette façon, le fait de priver le jury de la preuve relative au caractère sexuel de la relation de l’accusé avec la plaignante aurait été susceptible d’avoir une incidence négative sur son évaluation de la crédibilité de l’accusé, ce qui aurait potentiellement porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière. Si l’accusé avait fait mention de cet aspect du témoignage qu’il entendait livrer dans sa demande fondée sur l’art. 276.1, la juge du procès aurait été plus en mesure d’effectuer la mise en balance qu’exigent les par. 276(2) et (3) et aurait pu conclure à juste titre que la preuve était admissible à seule fin de permettre au jury d’apprécier le témoignage de l’accusé sur ce point.

Un nouveau procès est nécessaire. Un certain nombre d’erreurs ont été commises au procès en raison de la

ruling, which allowed for the admission of sexual activity evidence under the broad banner of “context”. Grounded in this ruling, the trial judge’s flawed limiting instructions failed to delineate how the sexual activity evidence was capable of assisting the jury to resolve specific facts or issues relating to the accused’s defence. This flawed instruction’s distorting effect was compounded when additional sexual activity evidence was admitted at trial which was not the subject of its own admissibility determination or limiting instruction. The cumulative impact of these errors can reasonably be thought to have had a material bearing on the accused’s acquittal.

Per Brown J. (dissenting): The evidence was admissible. The trial judge applied the correct legal principles in her evidentiary ruling and the jury rendered its verdict after being properly instructed on how to do so. The appeal should be allowed and the acquittals restored.

First, the “friends with benefits” evidence did not derive its relevance solely from twin-myth reasoning and should therefore have filtered through s. 276(1). The test for exclusion under s. 276(1) is whether the evidence derives its relevance solely from twin-myth reasoning and not whether it merely engages that type of reasoning. Were engagement the test for categorical exclusion under s. 276(1), it would risk exclusion of all relationship evidence, or at the very least all evidence of relationships which also involve sexual activity, since that, too, would conceivably engage twin-myth reasoning. Such an approach would resurrect the creation of pre-determined categories of admissibility which was rejected in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, and would downplay the text and purpose of statutory provisions like s. 276.4, which recognizes that evidence may be admissible for certain purposes yet inadmissible for others, and makes a limiting instruction mandatory where any evidence of other sexual activity is introduced, even if it only refers to other sexual activity indirectly or implicitly, to cure prejudice and to warn the jury of the impermissible uses of that evidence. Rather, relationship evidence should typically be filtered via the inquiry contemplated by s. 276(2)(b), being whether the evidence is relevant to an identifiable issue at trial.

décision inappropriée de la juge du procès au titre de l’art. 276, qui permettait l’admission de la preuve concernant une activité sexuelle à titre général de « contexte ». Les directives restrictives erronées de la juge du procès, qui reposaient sur cette décision, n’énonçaient pas comment la preuve concernant une activité sexuelle pouvait aider le jury à résoudre les questions ou faits précis liés à la défense de l’accusé. L’effet dénaturant de cette directive erronée s’est aggravé lorsqu’une autre preuve concernant une activité sexuelle, n’ayant pas fait l’objet d’une décision distincte quant à son admissibilité ni d’une directive restrictive, a été admise au procès. On peut raisonnablement penser que l’effet cumulatif de ces erreurs a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de l’accusé.

Le juge Brown (dissent) : La preuve était admissible. La juge du procès a appliqué les bons principes de droit pour statuer sur l’admissibilité de la preuve et le jury a rendu son verdict après avoir reçu de bonnes directives sur la façon d’y parvenir. L’appel devrait être accueilli et les acquittements rétablis.

Premièrement, la preuve relative à la relation « amis-amants » ne tirait pas sa pertinence uniquement des raisonnements fondés sur les deux mythes. Elle aurait donc dû être filtrée en fonction de l’examen prévu au par. 276(1). Le test d’exclusion prévu au par. 276(1) consiste donc à se demander si la pertinence de la preuve découle uniquement des raisonnements fondés sur les deux mythes et non pas si elle fait intervenir ce type de raisonnement. Si l’intervention était le test pour catégoriquement exclure la preuve en application du par. 276(1), cela risquerait d’exclure toute preuve relative à des relations, ou à tout le moins toute preuve de relations qui comportent une dimension sexuelle, puisqu’il est concevable qu’elle puisse aussi faire intervenir les raisonnements fondés sur les deux mythes. Cette approche redonnerait vie à la création de catégories préétablies d’admissibilité, ce qui a été rejeté par l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, et réduirait la portée du texte et l’objet de dispositions législatives comme l’art. 276.4 qui reconnaît qu’une preuve peut être admissible à certaines fins, mais non à d’autres, et qui oblige le juge à donner des directives restrictives au jury lorsqu’une preuve d’antécédents sexuels est présentée, même si cette preuve ne mentionne qu’indirectement ou implicitement les antécédents sexuels en question, pour réparer le préjudice causé et pour mettre le jury en garde contre les utilisations interdites de cette preuve. La preuve de relations devrait typiquement plutôt être filtrée en fonction de l’examen prévu à l’al. 276(2)(b), soit en se demandant si la preuve de la relation est pertinente à une question identifiable lors du procès.

In this case, the Crown failed to explain why evidence of the “friends with benefits” relationship was objectionable, while evidence of other types of relationships which regularly pass through the filter of s. 276(1), and yet which might also suggest previous sexual activity, is not. Evidence of relationships that involve sexual activity, but which lack the expectation or desire of a more formal relationship, may also give important context to the non-sexual interactions between the parties to the relationship, which may be, as it was in this case, necessary for the accused to make full answer and defence. Evidence of a “friends with benefits” relationship will, in certain cases, and without engaging in prohibited lines of reasoning, explain to a jury how two people know each other, consistent with how other relationships are presented to juries. The trial judge’s evidentiary ruling treated the relationship between the accused and the complainant consistently with other relationships in society.

Second, the “friends with benefits” evidence met the relevance test under s. 276(2)(b) because it was relevant to the accused’s ability to make full answer and defence. Indeed, it was necessary for the jury to assess the credibility of the accused’s evidence, which was the most relevant and material issue with which the jury would have had to grapple. To deny the accused the ability to point to his relationship would in these circumstances disable the jury from meaningfully performing its central function of finding facts and seeking out the truth, and would force the accused to tell an incomplete story — a story which includes an account of the act but no explanation for how he and the complainant “got there” and why he said what he said and did what he did. Without the evidence, the accused’s actions will have appeared to have arisen out of nowhere, and the accused’s right to make full answer and defence would be reduced to painting a picture of himself as (at best) crude and reckless, or (at worst) predatory.

Ordering a new trial is unfair, given that the Crown’s theory of the case drew directly from the sexual nature of the relationship and that it was the Crown, and not the accused, who contravened the trial judge’s evidentiary ruling and explored both the details and the frequency of the sexual activity. A successful Crown appeal from acquittal in this case inevitably lowers the bar which the Crown must overcome to show that a legal error had a material bearing on the acquittal so as to secure a new trial.

En l’espèce, le ministère public n’a pas expliqué en quoi la preuve de la relation « amis-amants » est condamnable, tandis que la preuve d’autres types de relations qui passent régulièrement le filtre du par. 276(1) et qui pourraient malgré tout également suggérer des antécédents sexuels n’est pas répréhensible. La preuve de relations qui comportent des activités sexuelles, mais qui ne supposent pas d’attentes quant à une union plus formelle ou même le désir d’établir une telle union, peut aussi fournir un contexte important au sujet des interactions non sexuelles entre les partenaires, ce qui peut être nécessaire, comme en l’espèce, pour permettre à l’accusé de présenter une défense pleine et entière. La preuve d’une relation « amis-amants » peut, dans certains cas, et sans mener à des raisonnements interdits, expliquer à un jury le contexte des fréquentations de deux personnes, comme le fait la preuve d’autres types de relations présentées à des jurys. Dans sa décision relative à la preuve, la juge de première instance a traité la relation entre l’appelant et la plaignante de la même manière que les autres relations que peuvent entretenir des individus.

Deuxièmement, la preuve de la relation « amis-amants » satisfaisait au test énoncé à l’al. 276(2)(b) parce qu’elle était pertinente pour garantir le droit de l’accusé à une défense pleine et entière. En effet, elle était nécessaire pour que le jury soit en mesure d’évaluer la crédibilité du témoignage de l’accusé, la question la plus importante et la plus pertinente soumise à son appréciation. Nier à l’accusé la capacité de parler de sa relation revient dans ces circonstances à priver les jurés de leur capacité de remplir véritablement leur mission principale, soit celle de constater les faits et de rechercher la vérité, et le force à raconter une histoire incomplète, qui comprend un récit de l’acte reproché, mais aucune explication quant à la façon dont la plaignante et lui « en sont arrivés là » et à la raison pour laquelle il a dit ce qu’il a dit et a fait ce qu’il a fait. Sans cette preuve, ses actes semblent avoir surgi de nulle part et son droit à une défense pleine et entière est limité à un point tel qu’il en est réduit à se dépeindre, au mieux, comme un être insensible et insouciant ou, au pire, comme un prédateur.

Ordonner la tenue d’un nouveau procès est injuste, parce que la théorie de la cause du ministère public était tirée directement de la nature sexuelle de la relation et parce que c’est le ministère public, et non l’accusé, qui a dérogé à la décision de la juge du procès relative à la preuve et qui a exploré les détails et la fréquence des relations sexuelles qu’avaient eues l’accusé et la plaignante. Un appel victorieux du ministère public de l’acquiescement en l’espèce abaisse inévitablement la barre qu’il doit franchir pour démontrer qu’une erreur de droit a eu une incidence telle sur l’acquiescement qu’elle justifie la tenue d’un nouveau procès.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Referred to: *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908; *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71; *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245; *R. v. Rodney*, 2008 CanLII 5114; *R. v. A.R.C.*, [2002] O.J. No. 5364 (QL); *R. v. Strickland* (2007), 45 C.R. (6th) 183; *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *R. v. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179; *R. v. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609.

By Moldaver J.

Referred to: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579; *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3.

By Brown J. (dissenting)

R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475; *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *R. v. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85; *R. v. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179; *R. v. Blea*, [2005] O.J. No. 4191 (QL); *R. v. A.A.*, 2009 ABQB 602, 618 A.R. 137; *R. v. Provo*, 2018 ONCJ 474, 48 C.R. (7th) 1; *R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912; *R. v. Nyznik*, 2017 ONSC 4392, 40 C.R. (7th) 241; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443; *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609; *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273; *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

Statutes and Regulations Cited

Bill C-49, *An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, 3rd Sess., 34th Parl., 1992, Preamble.
 Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018 (assented to December 13, 2018).

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêts mentionnés : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71; *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245; *R. c. Rodney*, 2008 CanLII 5114; *R. c. A.R.C.*, [2002] O.J. No. 5364 (QL); *R. c. Strickland* (2007), 45 C.R. (6th) 183; *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *R. c. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179; *R. c. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609.

Citée par le juge Moldaver

Arrêts mentionnés : *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge Brown (dissident)

R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351; *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475; *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498; *R. c. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85; *R. c. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179; *R. c. Blea*, [2005] O.J. No. 4191 (QL); *R. c. A.A.*, 2009 ABQB 602, 618 A.R. 137; *R. c. Provo*, 2018 ONCJ 474, 48 C.R. (7th) 1; *R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912; *R. c. Nyznik*, 2017 ONSC 4392, 40 C.R. (7th) 241; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609; *R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273; *R. c. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 11d).
Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 143.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 276, 276.1, 276.2, 276.4, 276.5, 676(1a).
 Projet de loi C-49, *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, 3^e sess., 34^e lég., 1992, préambule.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(d).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 143.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 276, 276.1, 276.2, 276.4, 276.5, 676(1)(a).

Authors Cited

Backhouse, Constance. “Sexual Harassment: A Feminist Phrase That Transformed the Workplace” (2012), 24 *C.J.W.L.* 275.

Boyle, Christine. “Sexual Assault as Foreplay: Does *Ewanchuk* Apply to Spouses?” (2004), 20 C.R. (6th) 359.

Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *An Estimation of the Economic Impact of Violent Victimization in Canada, 2009*, by Josh Hoddenbagh, Ting Zhang and Susan McDonald. Government of Canada, 2014.

Canada. Department of Justice. Research and Statistics Division. *Health Impacts of Violent Victimization on Women and their Children*, by Nadine Wathen. Government of Canada, 2012.

Canada. Statistics Canada. Canadian Centre for Justice Statistics. *Police-reported sexual assaults in Canada before and after #MeToo, 2016 and 2017*, by Cristine Rotenberg and Adam Cotter. Statistics Canada, 2018.

Craig, Elaine. “Capacity to Consent to Sexual Risk” (2014), 17 *New Crim. L. Rev.* 103.

Craig, Elaine. *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*. Montréal: McGill-Queen’s University Press, 2018.

Craig, Elaine. “Section 276 Misconstrued: The Failure to Properly Interpret and Apply Canada’s Rape Shield Provisions” (2016), 94 *Can. Bar Rev.* 45.

Desrosiers, Julie, et Geneviève Beausoleil-Allard. *L’agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.

Khan, Ummni. “Hot for Kink, Bothered by the Law: BDSM and the Right to Autonomy” (Summer 2016), 41:2 *Law Matters* 17.

Koshan, Jennifer. “Marriage and Advance Consent to Sex: A Feminist Judgment in *R v JA*” (2016), 6:6 *Oñati Socio-legal Series* 1377 (online: <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/737/963>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC38_1_eng.pdf).

Lippel, Katherine. “Conceptualising Violence at Work Through A Gender Lens: Regulation and Strategies for Prevention and Redress” (2018), 1 *U of OxHRH J* 142.

Miller, Karen-Lee. “*You Can’t Stop The Bell From Ringing.*” *Protean, Unpredictable, And Persisting: The Victim Impact Statement In The Context Of Sexually Assaulted Women*, submitted in conformity with the

Projet de loi C-51, *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2018 (sanctionné le 13 décembre 2018).

Doctrine et autres documents cités

Backhouse, Constance. « Sexual Harassment : A Feminist Phrase That Transformed the Workplace » (2012), 24 *R.F.D.* 275.

Boyle, Christine. « Sexual Assault as Foreplay : Does *Ewanchuk* Apply to Spouses? » (2004), 20 C.R. (6th) 359.

Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *Estimation de l’incidence économique des crimes violents au Canada en 2009*, par Josh Hoddenbagh, Ting Zhang and Susan McDonald, Gouvernement du Canada, 2014.

Canada. Ministère de la Justice. Division de la recherche et de la statistique. *La victimisation avec violence : répercussions sur la santé des femmes et des enfants*, par Nadine Wathen, Gouvernement du Canada, 2012.

Canada. Statistique Canada. Centre canadien de la statistique juridique. *Les agressions sexuelles déclarées par la police au Canada avant et après le mouvement #MoiAussi, 2016 et 2017*, par Cristine Rotenberg et Adam Cotter, Statistique Canada, 2018.

Craig, Elaine. « Capacity to Consent to Sexual Risk » (2014), 17 *New Crim. L. Rev.* 103.

Craig, Elaine. *Putting Trials on Trial : Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession*, Montréal, McGill-Queen’s University Press, 2018.

Craig, Elaine. « Section 276 Misconstrued : The Failure to Properly Interpret and Apply Canada’s Rape Shield Provisions » (2016), 94 *du B. can.* 45.

Desrosiers, Julie, et Geneviève Beausoleil-Allard. *L’agression sexuelle en droit canadien*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.

Khan, Ummni. « Hot for Kink, Bothered by the Law : BDSM and the Right to Autonomy » (Summer 2016), 41:2 *Law Matters* 17.

Koshan, Jennifer. « Marriage and Advance Consent to Sex : A Feminist Judgment in *R v JA* » (2016), 6:6 *Oñati Socio-legal Series* 1377 (en ligne : <http://opo.iisj.net/index.php/osls/article/viewFile/737/963>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2019SCC-CSC38_1_eng.pdf).

Lippel, Katherine. « Conceptualising Violence at Work Through A Gender Lens : Regulation and Strategies for Prevention and Redress » (2018), 1 *U of OxHRH J* 142.

Miller, Karen-Lee. « *You Can’t Stop The Bell From Ringing.* » *Protean, Unpredictable, And Persisting : The Victim Impact Statement In The Context Of Sexually Assaulted Women*, submitted in conformity with the

requirements for the degree of Doctor of Philosophy. Toronto: University of Toronto, Dalla Lana School of Public Health, 2015.

Oxford English Dictionary, “friend with benefits” (online: <https://www.oed.com/view/Entry/74646?redirectedFrom=friends+with+benefits#eid282828620>).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

Randall, Melanie. “Sexual Assault in Spousal Relationships, ‘Continuous Consent’, and the Law: Honest But Mistaken Judicial Beliefs” (2008), 32 *Man. L.J.* 144.

Rosenbury, Laura A. “Friends with Benefits?” (2007), 106 *Mich. L. Rev.* 189.

Sealy-Harrington, Joshua. “Tied Hands? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent” (2014), 18 *Can. Crim. L. Rev.* 119.

Silver, Lisa A. “The *WD* Revolution” (2018), 41 *Man. L.J.* 307.

Stuart, Don. “Twin Myth Hypotheses in Rape Shield Laws are Too Rigid and *Darrach* is Unclear” (2009), 64 *C.R.* (6th) 74.

Tanovich, David M. “‘Whack’ No More: Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases” (2015), 45 *Ottawa L. Rev.* 495.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (McDonald, Strekaf and Berger JJ.A.), 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22, 72 Alta. L.R. (6th) 317, 363 C.C.C. (3d) 406, [2018] A.J. No. 830 (QL), 2018 CarswellAlta 1312 (WL Can.), setting aside the acquittals of the accused and ordering a new trial. Appeal dismissed, Brown J. dissenting.

Deborah R. Hatch, for the appellant.

Joanne B. Dartana and *Matthew Griener*, for the respondent.

G. Karen Papadopoulos and *Jill Witkin*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Megan Savard and *Colleen McKeown*, for the intervener the Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

The judgment of Abella, Karakatsanis, Gascon and Martin JJ. was delivered by

[1] KARAKATSANIS J. — Our system of justice strives to protect the ability of triers of fact to get at

requirements for the degree of Doctor of Philosophy. Toronto, University of Toronto, Dalla Lana School of Public Health, 2015.

Oxford English Dictionary, “*friend with benefits*” (en ligne : <https://www.oed.com/view/Entry/74646?redirectedFrom=friends+with+benefits#eid282828620>).

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

Randall, Melanie. « Sexual Assault in Spousal Relationships, “Continuous Consent”, and the Law : Honest But Mistaken Judicial Beliefs » (2008), 32 *Man. L.J.* 144.

Rosenbury, Laura A., « Friends with Benefits? » (2007), 106 *Mich. L. Rev.* 189.

Sealy-Harrington, Joshua. « Tied Hands? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent » (2014), 18 *R.C.D.P.* 119.

Silver, Lisa A. « The *WD* Revolution » (2018), 41 *Man. L.J.* 307.

Stuart, Don. « Twin Myth Hypotheses in Rape Shield Laws are Too Rigid and *Darrach* is Unclear » (2009), 64 *C.R.* (6th) 74.

Tanovich, David M. « “Whack” No More : Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases » (2015), 45 *R.D. Ottawa* 495.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges McDonald, Strekaf et Berger), 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22, 72 Alta. L.R. (6th) 317, 363 C.C.C. (3d) 406, [2018] A.J. No. 830 (QL), 2018 CarswellAlta 1312 (WL Can.), qui a annulé les verdicts d’acquiescement prononcés en faveur de l’accusé et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, le juge Brown est dissident.

Deborah R. Hatch, pour l’appelant.

Joanne B. Dartana et *Matthew Griener*, pour l’intimée.

G. Karen Papadopoulos et *Jill Witkin*, pour l’intervenante la procureure générale de l’Ontario.

Megan Savard et *Colleen McKeown*, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association of Ontario.

Version française du jugement des juges Abella, Karakatsanis, Gascon et Martin rendu par

[1] LA JUGE KARAKATSANIS — Notre système de justice vise à protéger la capacité des juges des

the truth. In cases of sexual assault, evidence of a complainant's prior sexual history — if relied upon to suggest that the complainant was more likely to have consented to the sexual activity in question or is generally less worthy of belief — undermines this truth-seeking function and threatens the equality, privacy and security rights of complainants.

[2] In 1992, Parliament enacted s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, to protect trials from these harms. Nearly 30 years later, the investigation and prosecution of sexual assault continues to be plagued by myths. One such myth is that sexual assault is a crime committed by persons who are strangers to their targets. In fact, in 2016-2017, Statistics Canada found that over 80 percent of reported sexual assaults occurred between people who knew one another in some way.¹ In other words, most complainants will have some kind of relationship with the accused. This case requires the Court to review the balance between, on the one hand, admitting evidence of a sexual relationship that may be fundamental to making full answer and defence, and on the other, protecting complainants and the integrity of the trial process from prejudicial reasoning.

[3] Here, the accused sought to introduce evidence that he and the complainant were “friends with benefits”, a sexual relationship. He argued that the sexual nature of the relationship provided important context without which the jury would be left with the artificial impression that he and the complainant had a platonic relationship, rendering consent improbable.

faits de découvrir la vérité. Dans les cas d'agression sexuelle, la preuve concernant le passé sexuel de la plaignante¹ — si elle est invoquée pour suggérer que celle-ci était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle en cause ou encore qu'elle est généralement moins digne de foi — compromet cette fonction de recherche de la vérité et menace les droits à l'égalité, à la vie privée et à la sécurité des plaignantes.

[2] En 1992, le Parlement a adopté l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, afin de protéger les procès de ces dangers. Près de 30 ans plus tard, les enquêtes et les poursuites relatives aux agressions sexuelles continuent d'être marquées par des mythes. Selon l'un d'eux, la victime d'une agression sexuelle ne connaît pas son agresseur. En fait, en 2016-2017, Statistique Canada a révélé que plus de 80 p. 100 des agressions sexuelles déclarées se produisent entre des personnes qui se connaissent d'une façon ou d'une autre². Autrement dit, la plupart des plaignantes ont un certain type de relation avec l'accusé. Dans le présent pourvoi, la Cour doit se livrer à un examen portant sur l'équilibre qu'il faut établir entre, d'une part, l'admission d'une preuve d'une relation à caractère sexuel qui peut s'avérer fondamentale pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière et, d'autre part, la protection des plaignantes et de l'intégrité du processus judiciaire contre un raisonnement préjudiciable.

[3] En l'espèce, l'accusé a cherché à présenter des éléments de preuve établissant que la plaignante et lui étaient [TRADUCTION] « amis-amants » (« *friends with benefits* »), ce qui constitue une relation à caractère sexuel. Il a fait valoir que le caractère sexuel de la relation fournissait une mise en contexte importante sans laquelle le jury aurait la fausse impression que la plaignante et lui entretenaient une relation platonique, ce qui aurait rendu le consentement improbable.

¹ Statistics Canada, *Police-reported sexual assaults in Canada before and after #MeToo, 2016 and 2017* (2018).

¹ L'article 276 du *Code criminel* utilise la forme masculine du mot « plaignant » pour décrire la personne qui serait victime de cette infraction. Toutefois, comme je l'explique plus loin, l'agression sexuelle est une infraction hautement genrée dont la plupart des victimes sont des femmes. Pour cette raison, et puisque la plaignante dans le dossier est une femme, j'utiliserai la forme féminine « plaignante » dans le présent jugement.

² Statistique Canada, *Les agressions sexuelles déclarées par la police au Canada avant et après le mouvement #MoiAussi, 2016 et 2017* (2018).

[4] To be admissible, relationship evidence that implies sexual activity must satisfy the requirements of s. 276 of the *Criminal Code*. In my view, the evidence here did not meet those requirements. Introducing evidence of the sexual nature of the relationship served no purpose other than to support the inference that because the complainant had consented in the past, she was more likely to have consented on the night in question. It was therefore barred by s. 276(1). Nor could it satisfy the conditions of admissibility under s. 276(2). While the sexual aspect of the relationship was evidence of “specific instances of sexual activity”, it was not “relevant to an issue at trial”.

[5] A s. 276 application requires the accused to positively identify a use of the proposed evidence that does not invoke twin-myth reasoning. In other words, relevance is the key which unlocks the evidentiary bar, allowing a judge to consider the s. 276(3) factors and to decide whether to admit the evidence. Bare assertions that such evidence will be relevant to context, narrative or credibility cannot satisfy s. 276. The evidence in this case should not have been admitted and a new trial is required. I would dismiss the appeal.

I. Facts

[6] Mr. Goldfinch and the complainant met, dated and lived together for seven or eight months, after which the complainant ended the relationship. At some point during the ensuing months, the two resumed contact. Although they each described the relationship in various ways, both ultimately agreed that their relationship could be described as “friends with benefits”.

[7] On the evening of May 28, 2014, the complainant called Goldfinch, who then drove to the complainant’s house, picked her up, and brought her back to his place. Goldfinch testified that she had called him a few days earlier asking for “birthday

[4] Pour être admissible, la preuve d’une relation qui suppose des activités sexuelles doit satisfaire aux exigences de l’art. 276 du *Code criminel*. Selon moi, la preuve en l’espèce ne satisfaisait pas à ces exigences. La présentation d’une preuve du caractère sexuel de la relation ne servait qu’à étayer l’inférence selon laquelle la plaignante était plus susceptible d’avoir consenti à une activité sexuelle le soir en question parce qu’elle y avait consenti dans le passé. La preuve était donc inadmissible suivant le par. 276(1). Elle ne répondait pas non plus aux conditions d’admissibilité du par. 276(2). Bien que la preuve du caractère sexuel de la relation fût une preuve portant sur des « cas particuliers d’activité sexuelle », elle n’était pas « en rapport avec un élément de la cause ».

[5] Une demande fondée sur l’art. 276 exige que l’accusé indique expressément une utilisation de la preuve apportée qui ne fait pas appel au raisonnement fondé sur les deux mythes. Autrement dit, la pertinence est la clé qui permet de lever l’obstacle en matière de preuve, ce qui fait en sorte que le juge peut prendre en compte les facteurs énumérés au par. 276(3) et décider s’il y a lieu d’admettre la preuve. Pour satisfaire aux exigences de l’art. 276, il ne suffit pas de simplement affirmer que la preuve a un lien avec le contexte, le récit ou la crédibilité. La preuve en l’espèce n’aurait pas dû être admise et un nouveau procès est nécessaire. Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

I. Faits

[6] M. Goldfinch et la plaignante se sont rencontrés, se sont fréquentés et ont vécu ensemble pendant sept ou huit mois, après quoi la plaignante a mis fin à la relation. Au cours des mois qui ont suivi, ils ont repris contact. Bien que chacun ait décrit leur relation de diverses manières, les deux ont finalement convenu qu’ils pouvaient la qualifier de relation [TRADUCTION] d’« amis-amants ».

[7] Le soir du 28 mai 2014, la plaignante a téléphoné à M. Goldfinch, qui s’est ensuite rendu chez elle en voiture, puis l’a ramenée chez lui. M. Goldfinch a témoigné qu’elle l’avait appelé quelques jours plus tôt pour lui demander du [TRADUCTION] « sexe pour

sex”, something the complainant couldn’t remember if she had done. Goldfinch stated that he did not “100 percent” expect to have sex that evening, “but that was our routine” (A.R., vol. III, at p. 228). In his view, this was a “typical evening” in that the complainant “would call in the middle of the night, want to come over, and we’d end up going to bed together” (A.R., vol. III, at p. 201).

[8] Goldfinch lived in the basement of a small, older home which he shared with a roommate. After arriving at the house, Goldfinch and the complainant shared drinks and conversation with the roommate while watching television. Goldfinch testified that, during this time, he mouthed “I’m going to fuck you” to the complainant. He says she responded with a smile. The complainant couldn’t remember whether this exchange had occurred, but acknowledged that it might have.

[9] A few minutes later, Goldfinch invited the complainant to go downstairs. The complainant testified that she told Goldfinch “nothing was going to happen”, meaning that she did not wish to have sex. Goldfinch denies ever hearing this.

[10] Downstairs, the two sat on a couch together. At some point, they shared a consensual kiss. After the kiss, Goldfinch suggested that they go to bed.

[11] From this point on, the two accounts of the evening diverged radically.

[12] According to Goldfinch, after the consensual kiss, he followed the complainant into his bedroom where they each removed their own clothes. He and the complainant then discussed which side of the bed they wished to sleep on. Following this discussion, the two engaged in consensual foreplay and brief intercourse. He fell asleep and, hours later, she woke him up complaining that he had struck her on the head in his sleep. He was annoyed, told her to leave and called a taxi using her phone.

son anniversaire », ce que la plaignante n’était pas capable de se rappeler avoir fait ou non. M. Goldfinch a indiqué qu’il ne s’attendait pas « totalement » à avoir une relation sexuelle ce soir-là, « mais c’était ce qu’ils faisaient habituellement » (d.a., vol. III, p. 228). Selon lui, il s’agissait d’une « soirée typique », en ce sens que la plaignante « appelait au milieu de la nuit, voulait venir faire un tour et on finissait par coucher ensemble » (d.a., vol. III, p. 201).

[8] M. Goldfinch habitait au sous-sol d’une vieille petite maison qu’il partageait avec un colocataire. Après leur arrivée à la maison, M. Goldfinch et la plaignante ont bu de l’alcool et discuté avec le colocataire, tout en regardant la télévision. M. Goldfinch a témoigné que, durant cette période, il a articulé en silence à la plaignante [TRADUCTION] « je vais te baiser ». Il a affirmé qu’elle lui avait répondu par un sourire. La plaignante ne pouvait pas se rappeler si cet échange s’était produit, mais a reconnu que c’était possible.

[9] Quelques minutes plus tard, M. Goldfinch a invité la plaignante à descendre au sous-sol. La plaignante a témoigné qu’elle avait dit à M. Goldfinch qu’il n’allait [TRADUCTION] « rien se passer », c’est-à-dire qu’elle ne souhaitait pas avoir de relation sexuelle. M. Goldfinch nie avoir entendu ces paroles.

[10] Au sous-sol, les deux se sont assis ensemble sur un canapé. À un certain moment, ils se sont embrassés de façon consensuelle. Après le baiser, M. Goldfinch a proposé qu’ils aillent au lit.

[11] À partir de ce moment, les deux récits de la soirée divergent radicalement.

[12] Selon M. Goldfinch, après le baiser consensuel, il a suivi la plaignante dans sa chambre à lui, où chacun s’est déshabillé. Ils ont ensuite eu une discussion concernant le côté du lit où chacun voulait se coucher. Après cette discussion et à la suite de préliminaires consensuels, ils ont eu une brève relation sexuelle. M. Goldfinch s’est endormi et, quelques heures plus tard, la plaignante l’a réveillé pour se plaindre qu’il l’avait frappée à la tête pendant son sommeil. Agacé, il lui a dit de partir, puis a appelé un taxi avec le téléphone de la plaignante.

[13] The complainant testified that she responded to Goldfinch’s invitation by telling him she did not want to have sex. He then grabbed her arm and dragged her into the bedroom. She explained that Goldfinch’s demeanour changed, “[j]ust like something snapped” (A.R., vol. II, at p. 88), and she felt scared. She removed her clothes because he told her to. He pushed her onto the bed, struck her in the face, pushed her shoulder so hard that she believed her arm was broken, and told her “he was going to have [her], just like everyone else” (A.R., vol. II, at p. 91). Following the assault, she dressed and called a taxi from her cell phone. She called the police shortly after she arrived back at her home. Both the responding officer and a forensics officer who met the complainant at the hospital confirmed swelling on her left cheek and elbow.

II. History of the Proceedings

A. *The Voir Dire, Pentelechuk J. — Court of Queen’s Bench of Alberta, 140600008Q1, January 23, 2017*

[14] The defence requested a *voir dire* to determine if evidence that the complainant and Goldfinch were “friends with benefits” was admissible under s. 276 of the *Criminal Code*, submitting that it was highly artificial to describe the relationship without reference to sexual activity. Counsel advanced that Goldfinch did not intend to rely on twin-myth inferences, but failed to identify any *other* inference or relevant use beyond “context”. The Crown was willing to adduce evidence that the two knew each other for four to five years, dated and lived together for seven to eight months, and then broke up. The Crown was also prepared to adduce evidence that the two remained friends and that the complainant would occasionally come to Goldfinch’s house and stay overnight.

[15] The trial judge accepted that “friends with benefits” meant that “they were friends who . . . from

[13] La plaignante a témoigné avoir répondu à l’invitation de M. Goldfinch en lui disant qu’elle ne voulait pas avoir de relation sexuelle. Il lui a alors saisi le bras et l’a entraînée dans la chambre. Elle a expliqué que le comportement de M. Goldfinch a changé, [TRADUCTION] « [c]omme si quelque chose s’était brisé » (d.a., vol. II, p. 88), et qu’elle avait eu peur. Elle s’est déshabillée parce qu’il lui a dit de le faire. Il l’a poussée sur le lit, l’a frappée au visage, a poussé son épaule si fort qu’elle a cru que son bras s’était cassé et lui a dit qu’« il allait [l’]avoir, comme tous les autres » (d.a., vol. II, p. 91). Après l’agression, elle s’est habillée et a appelé un taxi avec son cellulaire. Elle a appelé la police peu après son retour chez elle. L’agent qui a répondu à l’appel et l’agent en criminalistique qui a rencontré la plaignante à l’hôpital ont confirmé que sa joue et son coude gauches étaient enflés.

II. Historique judiciaire

A. *Voir-dire, la juge Pentelechuk — Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 140600008Q1, 23 janvier 2017*

[14] La défense a demandé la tenue d’un *voir-dire* pour que le tribunal établisse si la preuve que la plaignante et M. Goldfinch étaient des « amis-amants » était admissible au titre de l’art. 276 du *Code criminel*, faisant valoir qu’il était fort artificiel de décrire la relation sans mentionner les activités sexuelles. La procureure a affirmé que M. Goldfinch n’avait pas l’intention de s’appuyer sur des inférences fondées sur les deux mythes, mais elle n’a indiqué aucune *autre* inférence ou utilisation pertinente de la preuve, mise à part celle visant à établir le « contexte ». La Couronne était disposée à présenter une preuve selon laquelle la plaignante et M. Goldfinch se connaissaient depuis quatre à cinq ans, qu’ils s’étaient fréquentés et avaient vécu ensemble pendant sept à huit mois, et qu’ils avaient ensuite rompu. La Couronne était également prête à présenter une preuve indiquant qu’ils étaient restés amis et que la plaignante allait parfois chez M. Goldfinch et y passait la nuit.

[15] La juge du procès a reconnu que des [TRADUCTION] « amis-amants » sont « des amis qui [. . .]

time to time got together to have sex” (A.R., vol. I, at p. 10). She agreed that keeping this evidence from the jury would lend an element of artificiality to the proceedings and harm Goldfinch’s right to make full answer and defence. She concluded this “relatively benign” evidence would not “prejudice the complainant’s personal dignity, right to privacy, or personal security” if admitted in this limited form.

B. *The Trial, Pentelechuk J. — Court of Queen’s Bench of Alberta, 140600008Q1, February 9, 2017*

[16] The trial unfolded before a jury over four days in February 2017.

[17] Before examining the complainant, Crown counsel sought clarification regarding the permissible scope of questioning with respect to previous sexual activity, noting that she would not have led this evidence had the s. 276 application not been granted. The trial judge stated that she had envisioned that the “contextual information” identified in the *voir dire* would be reduced to an agreed statement of facts. But, because the parties had not done so, the trial judge reiterated her expectation that any questioning would be “extremely limited”, following “fairly narrow confines for the purposes of context and to simply let the jury know the nature of the relationship” (A.R., vol. II, at p. 53).

[18] During direct examination, the complainant initially denied that she and Goldfinch were ever “more than just friends” following their breakup. Shortly thereafter, however, she admitted that she *had* been to Goldfinch’s bedroom to have sex on “various” dates for “quite awhile [*sic*]” after the relationship ended (A.R., vol. II, at p. 81).

[19] Before the cross-examination began, counsel for Goldfinch also sought clarification regarding the permissible scope of questioning. The trial judge agreed that the Crown had opened the evidentiary door and gave the defence permission to ask

se rencontrent à l’occasion pour avoir des relations sexuelles » (d.a., vol. I, p. 10). Elle a convenu que de ne pas présenter cette preuve au jury conférerait un élément d’artificialité à l’instance et porterait atteinte au droit de M. Goldfinch à une défense pleine et entière. Elle a conclu que cette preuve « relativement inoffensive » ne « porterait pas atteinte à la dignité, au droit à la vie privée ou à la sécurité de la plaignante » si elle était admise sous cette forme limitée.

B. *Procès, la juge Pentelechuk — Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 140600008Q1, 9 février 2017*

[16] Le procès, qui a duré quatre jours, s’est déroulé devant jury en février 2017.

[17] Avant d’interroger la plaignante, la procureure de la Couronne a demandé des précisions quant à la portée permise des questions concernant les activités sexuelles antérieures, et a souligné qu’elle n’aurait pas présenté cette preuve si la demande fondée sur l’art. 276 n’avait pas été accueillie. La juge du procès a indiqué que selon ce qu’elle avait prévu, les [TRADUCTION] « renseignements contextuels » identifiés lors du voir-dire se résumeraient à un exposé conjoint des faits. Toutefois, comme les parties n’en avaient pas présenté, la juge du procès a rappelé qu’elle s’attendait à ce que les questions soient « extrêmement limitées », qu’elles respectent « des limites assez étroites à des fins de mise en contexte et qu’elles visent simplement à informer le jury de la nature de la relation » (d.a., vol. II, p. 53).

[18] Durant l’interrogatoire principal, la plaignante a d’abord nié que M. Goldfinch et elle avaient déjà été [TRADUCTION] « plus que juste des amis » après leur rupture. Peu après, cependant, elle a admis qu’elle *était* allée dans la chambre de M. Goldfinch pour avoir des relations sexuelles à « diverses » dates, pendant « un bon bout de temps » après la fin de leur relation (d.a., vol. II, p. 81).

[19] Avant le début du contre-interrogatoire, l’avocate de M. Goldfinch a également demandé des précisions sur la portée permise des questions. La juge du procès a convenu que la Couronne avait ouvert la porte à des questions relatives à la preuve, et a donc

questions regarding “the number of times, the time frame relative to the relationship proper breaking up, and the last occasion prior to these alleged offences” (A.R., vol. II, at p. 112). During cross-examination, when defence counsel suggested the two had slept together “dozens of times”, the complainant estimated they had slept together 15 times following the breakup.

[20] Following the complainant’s testimony, the trial judge gave this limiting instruction to the jury:

You have heard evidence that [the complainant] and Mr. Goldfinch dated and then briefly lived together. At some point after that relationship ended, [the complainant] and Mr. Goldfinch did on occasion get together and have sexual relations. This evidence provides you with some context for their relationship, but you must not use this evidence to help you decide that because [the complainant] and Mr. Goldfinch had sexual relations in the past, that [the complainant] is more likely to have consented to Mr. — consented to what Mr. Goldfinch is alleged to have done on May 29th, 2014, and you must also not use that evidence to help you decide that because [the complainant] and Mr. Goldfinch had sexual relations in the past that she is less believable or reliable as a witness in this case, all right? Thank you.

(A.R., vol. II, at p. 148)

[21] Goldfinch repeatedly testified — both in-chief and in cross-examination — to the frequency of his previous sexual interactions with the complainant, characterizing the evening as “typical” or “routine”, indicating he had “had her many times”, and stating that “when we’re together, [sex] was expected, I guess, from both of us” (A.R., vol. III, at pp. 203 and 227).

[22] During her final jury charge, the trial judge gave extensive instructions regarding consent, highlighting that consent must be contemporaneous and concerns only the subjective state of mind of the complainant. She reiterated the same limiting instruction she had given mid-trial, clarifying that while the jury could not use the evidence of sexual activity to infer

permis à la défense de poser des questions concernant [TRADUCTION] « le nombre de fois, la période visée par rapport à la véritable rupture et la dernière relation avant les infractions reprochées » (d.a., vol. II, p. 112). Pendant le contre-interrogatoire, lorsque l’avocate de la défense a suggéré qu’ils avaient couché ensemble des « dizaines de fois », la plaignante a estimé qu’ils avaient couché ensemble 15 fois après la rupture.

[20] À la suite du témoignage de la plaignante, la juge du procès a donné au jury la directive restrictive suivante :

[TRADUCTION] Vous avez entendu des témoignages selon lesquels [la plaignante] et M. Goldfinch se sont fréquentés et ont brièvement vécu ensemble. Quelque temps après la fin de cette relation, [la plaignante] et M. Goldfinch se sont revus à l’occasion et ont eu des relations sexuelles. Cette preuve donne un certain contexte à leur relation; toutefois, elle ne doit pas vous amener à conclure que, parce que [la plaignante] et M. Goldfinch ont eu des relations sexuelles dans le passé, [la plaignante] est plus susceptible d’avoir consenti à M. — consenti à ce que M. Goldfinch aurait fait le 29 mai 2014, et vous ne devez pas non plus vous servir de cette preuve pour conclure que, parce que [la plaignante] et M. Goldfinch ont eu des relations sexuelles dans le passé, elle est un témoin moins crédible ou moins fiable dans la présente affaire, d’accord? Merci.

(d.a., vol. II, p. 148)

[21] M. Goldfinch a maintes fois fait état — autant lors de l’interrogatoire principal que du contre-interrogatoire — de la fréquence de ses rapports sexuels antérieurs avec la plaignante, qualifiant la soirée de [TRADUCTION] « typique » ou d’« habituelle », indiquant qu’il « l’avait eue à plusieurs reprises » et déclarant : « lorsque nous étions ensemble, nous nous attendions à [du sexe], tous les deux, je pense » (d.a., vol. III, p. 203 et 227).

[22] Lors de son exposé final au jury, la juge du procès a donné des directives détaillées sur la notion de consentement, soulignant que celui-ci doit être concomitant et qu’il ne s’attache qu’à l’état d’esprit subjectif de la plaignante. Elle a réitéré la même directive restrictive qu’elle avait donnée au cours du procès, précisant que, bien que le jury ne puisse pas

that the complainant was less believable or reliable, it could consider any contradictions regarding the nature of the relationship in assessing the complainant's general credibility.

[23] The jury found Goldfinch not guilty of sexual assault.

C. *The Alberta Court of Appeal, McDonald and Streckaf J.J.A., Berger J.A. Dissenting — 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22*

[24] The Crown appealed Goldfinch's acquittal on a question of law pursuant to s. 676(1)(a) of the *Criminal Code*. Section 276.5 of the *Criminal Code* provides that a determination respecting the admissibility of sexual activity evidence is a question of law. The majority, McDonald and Streckaf J.J.A., characterized the Crown's appeal as follows:

The Crown appellant submits that the trial judge erred in law by admitting the evidence, pursuant to section 276 of the *Criminal Code*, of the prior sexual relationship between [Goldfinch] and the complainant. [para. 14]

[25] The majority held that finding evidence provides "context" is insufficient to demonstrate relevance for the purposes of s. 276(2). Thus, they concluded that the trial judge failed to connect the relationship evidence to any issue relevant to Goldfinch's defence. The majority also rejected the argument that the evidence was relevant to Goldfinch's credibility or as "context". In their view, permitting the defence to lead evidence of previous sexual activity to prevent the jury from concluding that consent was *unlikely* was no different from admitting that same evidence to establish that the complainant was *more likely* to consent. Given the admissions the Crown had been willing to make, there was no risk that the jury would be misled into thinking Goldfinch and the complainant were strangers. The only inferences to be drawn from the evidence of prior sexual activity could be those relying on the twin myths. In the majority's view, limiting instructions could not cure the fact that the jury had heard inadmissible evidence for which there

utiliser la preuve concernant les activités sexuelles pour inférer que la plaignante était moins crédible ou moins fiable, il pouvait tenir compte de toute contradiction quant à la nature de la relation pour évaluer la crédibilité générale de la plaignante.

[23] Le jury a déclaré M. Goldfinch non coupable d'agression sexuelle.

C. *Cour d'appel de l'Alberta, les juges McDonald et Streckaf; le juge Berger, dissident — 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22*

[24] La Couronne a porté en appel le verdict d'acquiescement de M. Goldfinch sur une question de droit en vertu de l'al. 676(1)a) du *Code criminel*. L'article 276.5 du *Code criminel* prévoit que l'admissibilité d'une preuve concernant une activité sexuelle est une question de droit. Voici comment les juges majoritaires, les juges McDonald et Streckaf, ont qualifié l'appel intenté par la Couronne :

[TRADUCTION] La Couronne, appelante en l'espèce, soutient que la juge du procès a commis une erreur de droit en admettant, au titre de l'art. 276 du *Code criminel*, la preuve d'une relation antérieure à caractère sexuel entre [M. Goldfinch] et la plaignante. [par. 14]

[25] Les juges majoritaires ont conclu que le fait que la preuve fournisse une [TRADUCTION] « mise en contexte » ne suffit pas pour démontrer qu'elle est en rapport avec un élément de la cause pour l'application du par. 276(2). Ils ont donc conclu que la juge du procès n'avait pas cerné de lien entre la preuve de la relation et tout élément utile pour la défense de M. Goldfinch. Les juges majoritaires ont aussi rejeté l'argument selon lequel la preuve était pertinente pour établir la crédibilité de M. Goldfinch ou pour une « mise en contexte ». À leur avis, il n'y avait aucune différence entre permettre à la défense de présenter une preuve concernant des activités sexuelles antérieures de la plaignante pour éviter que le jury conclue que celle-ci était *peu susceptible* d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation, et admettre cette même preuve pour établir que la plaignante était *plus susceptible* d'avoir consenti à une telle activité. Compte tenu des faits que la Couronne était prête à admettre, il n'y avait aucun

was no permissible use. They allowed the appeal and ordered a new trial.

[26] Berger J.A., writing in dissent, accepted that the evidence was not adduced to support the twin myths. He found that the trial judge had properly exercised her discretion in admitting what she characterized as “relatively benign” evidence in order to preclude misapprehensions on the part of the jury. In his view, Goldfinch’s right to make full answer and defence required a “candid revelation of the true nature of the relationship” (para. 67). For Berger J.A., it was better to trust the jury to rely on the limiting instructions mandated for evidence admitted under s. 276 than to leave the jury to speculate on what lay beneath Crown admissions for which no such instructions would be required.

III. Analysis

[27] This case asks whether evidence of a relationship with an implicit sexual component engages s. 276 of the *Criminal Code* and, if so, when such evidence may be admitted.

A. *Section 276: Text, History and Objectives*

[28] Section 276² balances a number of trial fairness considerations, seeking to exclude evidence known to distort the fact-finding process while pro-

² On December 13, 2018, Bill C-51, *An Act to amend the Criminal Code and the Department of Justice Act and to make consequential amendments to another Act*, 1st Sess., 42nd Parl., 2018, received royal assent. This Act makes minor amendments to “clarify” the application of s. 276. They do not apply to the case at bar. Nor do they affect the analysis in this case.

risque que le jury soit amené à croire, à tort, que M. Goldfinch et la plaignante ne se connaissaient pas. Les seules inférences pouvant être tirées de la preuve concernant des activités sexuelles antérieures de la plaignante étaient celles reposant sur les deux mythes. De l’avis des juges majoritaires, des directives restrictives ne pouvaient pas remédier au fait que le jury avait entendu une preuve inadmissible pour laquelle aucune utilisation n’était permise. Ils ont accueilli l’appel et ordonné la tenue d’un nouveau procès.

[26] Le juge Berger, dissident, a reconnu que la preuve n’avait pas été présentée à l’appui des deux mythes. Il a conclu que la juge du procès avait correctement exercé son pouvoir discrétionnaire en admettant une preuve qu’elle a qualifiée de « relativement inoffensive » afin d’éviter les interprétations erronées de la part du jury. À son avis, le droit de M. Goldfinch à une défense pleine et entière exigeait que [TRADUCTION] « la véritable nature de la relation soit révélée » (par. 67). Pour lui, il était préférable de croire que le jury s’appuierait sur les directives restrictives imposées à l’égard de la preuve admise au titre de l’art. 276 plutôt que de laisser celui-ci conjecturer sur ce qui se cachait derrière les faits admis par la Couronne, pour lesquels aucune directive n’aurait été nécessaire.

III. Analyse

[27] En l’espèce, il s’agit d’établir si la preuve d’une relation ayant une composante sexuelle implicite fait intervenir l’art. 276 du *Code criminel* et, le cas échéant, dans quelles circonstances une telle preuve peut être admise.

A. *Article 276 : libellé, historique et objectifs*

[28] L’article 276³ met en balance diverses considérations liées à l’équité du procès; il vise à exclure les éléments de preuve connus pour fausser le pro-

³ Le 13 décembre 2018, le projet de loi C-51, la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, 1^{re} sess., 42^e lég., 2018, a reçu la sanction royale. Cette loi apporte des modifications mineures visant à « clarifier » l’application de l’art. 276. Ces modifications ne s’appliquent pas en l’espèce, et n’ont aucune incidence sur l’analyse dans la présente affaire.

protecting the rights of both the accused and the complainant:

276 (1) In proceedings in respect of [various sexual offences], evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

(a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or

(b) is less worthy of belief.

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

(a) is of specific instances of sexual activity;

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

cessus de détermination des faits, tout en protégeant les droits de l'accusé et de la plaignante :

276 (1) Dans les poursuites pour [diverses infractions d'ordre sexuel], la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est :

a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;

b) soit moins digne de foi.

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois :

a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;

b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération :

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

d) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

[29] Section 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the right "to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". This guarantee includes the accused's right to make full answer and defence, itself crucial to ensuring that the innocent are not convicted (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at paras. 69 and 76).

[30] For this reason, the law of criminal evidence begins with the general principle that all relevant and material evidence is admissible. The right to a fair trial does not, however, guarantee the most favourable procedures imaginable: the accused's right to make full answer and defence is not automatically breached whenever relevant evidence is excluded (*R. v. Quesnelle*, 2014 SCC 46, [2014] 2 S.C.R. 390, at para. 64; *R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at para. 24; *Mills*, at para. 75). A fair trial also requires that no party be allowed to distort the process by producing irrelevant or prejudicial evidence (*Darrach*, at para. 24).

[31] A person's general character and past behaviour provide context for understanding specific events (*R. v. Handy*, 2002 SCC 56, [2002] 2 S.C.R. 908, at para. 39). However, such evidence often draws on pejorative or judgmental generalizations (D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at p. 54). This is problematic because "[b]ad character is not an offence known to the law" (*Handy*, at para. 72). Our legal system neither punishes nor

[29] L'alinéa 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit à l'accusé le droit « d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable ». Cette garantie comprend le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, lequel est crucial pour éviter qu'un innocent ne soit déclaré coupable (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 69 et 76).

[30] Pour cette raison, le principe général selon lequel toute preuve pertinente et substantielle est admissible constitue le fondement du droit de la preuve en matière criminelle. Le droit à un procès équitable ne garantit toutefois pas les procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer : il n'y a pas automatiquement atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière lorsqu'une preuve pertinente est exclue (*R. c. Quesnelle*, 2014 CSC 46, [2014] 2 R.C.S. 390, par. 64; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 24; *Mills*, par. 75). Un procès équitable exige également qu'aucune partie ne puisse dénaturer le processus en produisant des éléments de preuve non pertinents ou préjudiciables (*Darrach*, par. 24).

[31] La moralité générale d'une personne et son comportement antérieur fournissent le contexte nécessaire à la compréhension de certains événements (*R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 39). Or, une telle preuve repose souvent sur des généralisations fondées sur un préjugé ou un jugement de valeur (D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7^e éd. 2015), p. 54). Cela pose problème, car la « mauvaise moralité n'est pas une

protects people on the basis of lifestyle, character or reputation. To protect against propensity reasoning, trial judges must balance the probative value of such evidence against its prejudicial effects.

[32] As a general rule, evidence led by the defence is excluded only where the potential prejudice *substantially* outweighs its probative value (*R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475, at para. 19; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611). Moreover, because only the accused is being judged at trial, exclusionary rules generally do not prevent the accused from adducing evidence of another person's bad character (Paciocco and Stuesser, at p. 98).

[33] Historically, no limits were placed on the defence's ability to adduce evidence of a complainant's prior sexual activities. Such evidence was routinely used to malign "the character of the complainant, distort the trial process, and undermine the ability of the criminal justice system to effectively and fairly try sexual allegations" (*R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71, at para. 79). Subjecting the complainant to humiliating or prolonged examination and exploiting assumptions about "communication, dress, revenge, marriage, prior sexual history, therapy, lack of resistance and delayed disclosure" was commonplace (D. M. Tanovich, "Whack' No More: Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases" (2015), 45 *Ottawa L. Rev.* 495, at pp. 498-99).³ These tactics shifted the focus away from the accused and essentially put the *complainant* on trial.

[34] In 1982, Parliament enacted a blanket exclusion of *all* evidence of sexual activity, subject to

³ *R. v. Shearing*, 2002 SCC 58, [2002] 3 S.C.R. 33, at para. 173, and *Mills*, at para. 90, take up this phrase coined by Cristin Schmitz in "Whack' sex assault complainant at preliminary inquiry" published in *The Lawyers Weekly*, vol. 8, No. 5, in May 1988.

infraction en droit » (*Handy*, par. 72). Notre système juridique ne punit ni ne protège les gens en fonction de leur style de vie, de leur moralité ou de leur réputation. Le juge du procès doit mettre en balance la valeur probante d'une telle preuve et ses effets préjudiciables afin de protéger le procès contre le raisonnement fondé sur la pension.

[32] En règle générale, la preuve présentée par la défense ne sera écartée que si son effet préjudiciable potentiel l'emporte *sensiblement* sur sa valeur probante (*R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 19; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 611). De plus, comme seul l'accusé est jugé au procès, les règles d'exclusion ne l'empêchent généralement pas de présenter une preuve de la mauvaise moralité d'une autre personne (Paciocco et Stuesser, p. 98).

[33] Dans le passé, aucune limite ne restreignait la capacité de la défense à présenter une preuve concernant des activités sexuelles antérieures de la plaignante. Une telle preuve était couramment utilisée pour attaquer [TRADUCTION] « la moralité de la plaignante, dénaturer le processus judiciaire et miner la capacité du système de justice criminelle à juger efficacement et équitablement des allégations d'ordre sexuel » (*R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71, par. 79). Il était courant de soumettre la plaignante à un interrogatoire humiliant ou prolongé et de recourir à des idées reçues portant sur [TRADUCTION] « la communication, la tenue vestimentaire, la vengeance, le mariage, le passé sexuel, la thérapie, l'absence de résistance et la divulgation tardive » (D. M. Tanovich, « "Whack" No More : Infusing Equality into the Ethics of Defence Lawyering in Sexual Assault Cases » (2015), 45 *R.D. Ottawa* 495, p. 498-499⁴). Ces stratégies dirigeaient l'attention ailleurs que sur l'accusé et faisaient essentiellement subir un procès à la *plaignante*.

[34] En 1982, le Parlement a adopté des dispositions prévoyant l'exclusion générale de *toute* preuve

⁴ *R. c. Shearing*, 2002 CSC 58, [2002] 3 R.C.S. 33, par. 173, et *Mills*, par. 90, reprennent cette expression que M^{me} Cristin Schmitz a utilisée pour la première fois en ce sens dans son article « "Whack" sex assault complainant at preliminary inquiry » publié dans *The Lawyers Weekly*, vol. 8, n° 5, en mai 1988.

limited exceptions. The provisions were intended to counter the twin myths that women with sexual experience are more likely to consent to sexual activity or are less worthy of belief. Because sexual assault was highly gendered and underreported, Parliament also sought to encourage the reporting of sexual crimes (*Seaboyer*, at p. 606, per McLachlin J., and pp. 648-50, per L'Heureux-Dubé J., dissenting in part).

[35] In *Seaboyer*, this Court struck down that blanket exclusion, holding that Parliament had cast the net too wide, impairing the accused's right to a fair trial. Improperly excluded evidence critical to the defence included evidence going to: (i) honest but mistaken belief in consent, (ii) bias or motive to fabricate on the part of the complainant, (iii) physical conditions establishing the use of force, and (iv) evidence of a consistent *modus operandi* such as threatening to accuse someone of rape as a means of extortion (*Seaboyer*, at pp. 613-16).

[36] Parliament responded to this Court's ruling in *Seaboyer* by essentially codifying the case's principles in s. 276 of the *Criminal Code* because "at trials of sexual offences, evidence of the complainant's sexual history is rarely relevant and . . . its admission should be subject to particular scrutiny" (Preamble, Bill C-49, *An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, 3rd Sess., 34th Parl., 1992). Parliament's recent amendments — reaffirming the exclusion of evidence relying on the twin myths — reinforce the provision's continued importance.

[37] The mischief Parliament sought to address in enacting s. 276 remains with us today. Sexual assault is *still* among the most highly gendered and underreported crimes (J. Desrosiers and G. Beausoleil-Allard, *L'agression sexuelle en droit canadien* (2nd ed. 2017), at pp. 41-42). Even hard-fought battles to stop sexual assault in the workplace remain ongoing (compare, e.g., K. Lippel, "Conceptualising Violence at Work

concernant une activité sexuelle, sous réserve d'exceptions limitées. Ces dispositions visaient à contre-carrer les deux mythes selon lesquels les femmes ayant de l'expérience sexuelle seraient plus susceptibles de consentir à une activité sexuelle ou qu'elles seraient moins dignes de foi. Comme les agressions sexuelles étaient étroitement liées au genre et largement sous-dénoncées, le Parlement a également cherché à encourager la dénonciation des crimes sexuels (*Seaboyer*, p. 606, la juge McLachlin, et p. 648-650, la juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie).

[35] Dans *Seaboyer*, la Cour a annulé cette exclusion générale, concluant que le Parlement avait ratissé trop large, portant ainsi atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Les éléments de preuve écartés à tort qui étaient essentiels à la défense comprenaient ceux se rapportant à : (i) une croyance sincère mais erronée au consentement; (ii) un préjugé ou un motif de fabrication d'une preuve par la plaignante; (iii) des faits matériels établissant l'usage de la force; et (iv) un *modus operandi* constant, par exemple le fait de menacer d'accuser une personne de viol afin de l'extorquer (*Seaboyer*, p. 613-616).

[36] Le Parlement a donné suite à la décision de la Cour dans l'arrêt *Seaboyer* en codifiant en grande partie les principes de cet arrêt à l'art. 276 du *Code criminel* parce que « lors des procès pour infraction d'ordre sexuel, la preuve relative au comportement sexuel antérieur du plaignant est rarement pertinente et [. . .] son admission devrait être examinée avec précaution » (préambule, projet de loi C-49, *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, 3^e sess., 34^e lég., 1992). Les récentes modifications adoptées par le Parlement — qui confirment l'exclusion d'éléments de preuve fondés sur les deux mythes — renforcent l'importance que revêt toujours la disposition.

[37] La situation préjudiciable à laquelle le Parlement a voulu remédier en adoptant l'art. 276 est toujours d'actualité. Les agressions sexuelles comptent *encore* parmi les crimes les plus genrés et les moins dénoncés (J. Desrosiers et G. Beausoleil-Allard, *L'agression sexuelle en droit canadien* (2^e éd. 2017), p. 41-42). Même les luttes acharnées visant à mettre fin aux agressions sexuelles en milieu de travail sont

Through A Gender Lens: Regulation and Strategies for Prevention and Redress” (2018), 1 *U of OxHRH J* 142, and C. Backhouse, “Sexual Harassment: A Feminist Phrase That Transformed the Workplace” (2012), 24 *C.J.W.L.* 275). As time passes, our understanding of the profound impact sexual violence can have on a victim’s physical and mental health only deepens. Parliament enacted s. 276 to address concrete social prejudices that affect trial fairness as well as the concrete harms caused to the victims of sexual assault. Throughout their lives, survivors may experience a constellation of physical and psychological symptoms including: high rates of depression; anxiety, sleep, panic and eating disorders; substance dependence; self-harm and suicidal behaviour.⁴ A recent Department of Justice study estimated the costs of sexual assault at approximately \$4.8 billion in 2009, an astonishing \$4.6 billion of which related to survivors’ medical costs, lost productivity (due in large part to mental health disability), and costs from pain and suffering.⁵ The harm caused by sexual assault, and society’s biased reactions to that harm, are not relics of a bygone Victorian era.

[38] It is against this backdrop that s. 276 must be interpreted and applied.

B. *Examining Relationship Evidence Under Section 276*

[39] Section 276 protects the integrity of the trial process by striking a balance between the dignity and privacy of complainants and the right of accused

⁴ See, e.g., Department of Justice, Research and Statistics Division, *Health Impacts of Violent Victimization on Women and their Children* (2012); K.-L. Miller, “You Can’t Stop The Bell From Ringing.” *Protean, Unpredictable, And Persisting: The Victim Impact Statement In The Context Of Sexually Assaulted Women* (2015).

⁵ Department of Justice, Research and Statistics Division, *An Estimation of the Economic Impact of Violent Victimization in Canada, 2009* (2014).

toujours en cours (comparons, par exemple, K. Lippe, « Conceptualising Violence at Work Through A Gender Lens : Regulation and Strategies for Prevention and Redress » (2018), 1 *U of OxHRH J* 142, et C. Backhouse, « Sexual Harassment : A Feminist Phrase That Transformed the Workplace » (2012), 24 *R.D.F.* 275). Avec le temps, nous comprenons de mieux en mieux les répercussions profondes que la violence sexuelle peut avoir sur la santé physique et mentale d’une victime. Le Parlement a adopté l’art. 276 pour s’attaquer aux préjugés sociaux réels qui nuisent à l’équité du procès ainsi qu’aux préjugés réels que subissent les victimes d’agression sexuelle. Tout au long de leur vie, celles-ci peuvent souffrir d’une multitude de symptômes physiques et psychologiques : dépression (dans une forte proportion); troubles d’anxiété, troubles du sommeil, crises de panique et troubles alimentaires; toxicomanie; troubles d’automutilation et comportements suicidaires⁵. Selon une récente étude menée par le ministère de la Justice, on estime que les agressions sexuelles ont coûté environ 4,8 milliards de dollars en 2009, dont une part stupéfiante de 4,6 milliards de dollars est liée aux frais médicaux, à la perte de productivité (largement attribuable à une incapacité pour des raisons de santé mentale) et aux coûts des souffrances et douleurs des victimes⁶. Le préjudice causé par une agression sexuelle, ainsi que les réactions tendancieuses de la société à l’égard de ce préjudice, ne sont pas des reliques d’une ère victorienne révolue.

[38] C’est dans ce contexte que l’art. 276 doit être interprété et appliqué.

B. *L’examen de la preuve de la relation sous le régime de l’art. 276*

[39] L’article 276 protège l’intégrité du processus judiciaire en établissant un équilibre entre la dignité et le droit à la vie privée des plaignantes et le droit

⁵ Voir, p. ex., Ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *La victimisation avec violence : répercussions sur la santé des femmes et des enfants* (2012); K.-L. Miller, « You Can’t Stop The Bell From Ringing. » *Protean, Unpredictable, And Persisting : The Victim Impact Statement In The Context Of Sexually Assaulted Women* (2015).

⁶ Ministère de la Justice, Division de la recherche et de la statistique, *Estimation de l’incidence économique des crimes violents au Canada en 2009* (2014).

persons to make full answer and defence. This appeal asks us to examine that balance as it concerns evidence of a relationship from which sexual activity can reasonably be inferred.

[40] As Gonthier J. explained in *Darrach*, s. 276 is “designed to exclude irrelevant information and only that relevant information that is more prejudicial to the administration of justice than it is probative” (para. 43). Sections 276(1) and (2) operate together to achieve this objective. First, s. 276(1) sets out an absolute bar against introducing evidence of the complainant’s prior sexual activity for the purpose of drawing twin-myth inferences. Where an accused seeks to introduce such evidence for some other purpose, that evidence is presumptively inadmissible unless the accused satisfies s. 276(2). To do so, the accused must identify the evidence and its purpose with sufficient precision to allow the judge to apply s. 276(2) and weigh the factors set out in s. 276(3).

[41] I proceed by first considering when such evidence engages s. 276(1). I then address two requirements of s. 276(2) which require particular attention in this case:

- (a) Is the evidence of “specific instances of sexual activity”? and
- (b) What qualifies evidence as “relevant to an issue at trial”?

(1) Section 276(1)

[42] Turning to the first question, evidence of a relationship that implies sexual activity clearly engages s. 276(1).

[43] Section 276(1) bars evidence of a complainant’s previous sexual activity tendered to support the twin myths. Such evidence is “not probative of consent or credibility and can severely distort the trial process” (*Darrach*, at para. 33). In barring

des accusés à une défense pleine et entière. Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à examiner cet équilibre en ce qui a trait à la preuve d’une relation de laquelle on peut raisonnablement inférer qu’il y a eu des activités sexuelles.

[40] Comme l’a expliqué le juge Gonthier dans l’arrêt *Darrach*, l’art. 276 « vise à exclure les renseignements non pertinents et [...] les renseignements pertinents dont l’effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice l’emporte sur leur valeur probante » (par. 43). Les paragraphes 276(1) et (2) s’appliquent ensemble pour atteindre cet objectif. Premièrement, le par. 276(1) interdit de façon absolue la présentation d’une preuve concernant une activité sexuelle antérieure de la plaignante dans le but de tirer des inférences fondées sur les deux mythes. Lorsqu’un accusé cherche à présenter une preuve de cette nature à une autre fin, celle-ci est présumée inadmissible à moins que l’accusé ne satisfasse aux exigences du par. 276(2). Pour ce faire, l’accusé doit indiquer la preuve et la fin à laquelle elle sera utilisée avec suffisamment de précision pour permettre au juge d’appliquer le par. 276(2) et de soupeser les facteurs énoncés au par. 276(3).

[41] Je commencerai par me demander quels sont les cas où la preuve fait intervenir le par. 276(1). Je me pencherai ensuite sur les deux exigences du par. 276(2) qui nécessitent une attention particulière en l’espèce :

- a) La preuve porte-t-elle sur des « cas particuliers d’activité sexuelle »?
- b) Qu’est-ce qui constitue une preuve qui « est en rapport avec un élément de la cause »?

(1) Paragraphe 276(1)

[42] En ce qui concerne la première question, la preuve d’une relation qui suppose des activités sexuelles fait manifestement intervenir le par. 276(1).

[43] Le paragraphe 276(1) interdit la présentation d’une preuve concernant une activité sexuelle antérieure de la plaignante pour étayer les deux mythes. Une telle preuve n’est « pas probant[e] quant au consentement ou à la crédibilité, et [elle] peu[t]

such inferences, the provision affirms the equality and dignity rights of complainants and aims to encourage reporting of sexual assault (Bill C-49). The risk that evidence of a relationship which implies sexual activity may be used to support twin-myth reasoning is clear.

[44] Consider the first myth: that a complainant's prior sexual activity may support an inference of consent in a particular instance. Rejection of this myth — and its link to relationships — is intimately connected to the modern understanding of consent. Until 1983, the fact that an accused was married to a complainant was sufficient to legitimize sexual assault; indeed, rape was defined as non-consensual sexual intercourse between a man and “a female person who is not his wife” (*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 143). Today, an accused may no longer argue that consent was implied by a relationship: contemporaneous, affirmatively communicated consent must be given for each and every sexual act (*R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440, at paras. 34 and 47; *R. v. Hutchinson*, 2014 SCC 19, [2014] 1 S.C.R. 346, at para. 27; *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, at paras. 90-94). Today, not only does no mean no, but only yes means yes. Nothing less than positive affirmation is required.

[45] Consider also the second myth: that previous sexual activity renders a complainant less worthy of belief or, by extension, of full protection of the law (*Barton*, at para. 201, per Moldaver J. and, at paras. 222 and 231, per Abella and Karakatsanis JJ.). Before this Court, Goldfinch advanced that social mores have changed such that being “unchaste” no longer discredits a complainant. However, this Court has held that the second myth is not limited to attitudes towards “unchaste” women (*Darrach*, at para. 33). Moreover, while sexual activity generally carries less stigma than it once did, complainants continue to be treated as less deserving of belief based on their previous sexual conduct. The notion that some complainants “invite” assault and, by

dénaturer gravement le procès » (*Darrach*, par. 33). En interdisant de telles inférences, la disposition confirme les droits à l'égalité et à la dignité des plaignantes et vise à encourager la dénonciation des agressions sexuelles (projet de loi C-49). Le risque que la preuve d'une relation supposant des activités sexuelles soit utilisée pour étayer un raisonnement fondé sur les deux mythes est évident.

[44] Prenons le premier mythe, selon lequel une activité sexuelle antérieure de la plaignante peut permettre d'inférer qu'elle a donné son consentement dans un cas précis. Le rejet de ce mythe — et de son lien avec les relations — est étroitement lié à la compréhension moderne du consentement. Jusqu'en 1983, le fait que l'accusé soit marié à la plaignante suffisait à rendre légitime une agression sexuelle; d'ailleurs, le viol était défini comme une relation sexuelle non consensuelle entre une personne du sexe masculin et « une personne du sexe féminin qui n'est pas son épouse » (*Code criminel*, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 143). Aujourd'hui, l'accusé ne peut plus faire valoir que le consentement était implicite compte tenu de la relation : chaque acte sexuel doit faire l'objet d'un consentement concomitant et communiqué (*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 34 et 47; *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, par. 27; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 90-94). Aujourd'hui, non veut dire non, et seul oui veut dire oui. Il ne faut rien de moins qu'une manifestation positive.

[45] Prenons également le second mythe, soit l'idée selon laquelle une activité sexuelle antérieure rend la plaignante moins digne de foi ou, par extension, moins digne de la plénitude de la protection de la loi (*Barton*, par. 201, le juge Moldaver, et par. 222 et 231, les juges Abella et Karakatsanis). Devant notre Cour, M. Goldfinch a affirmé que les mœurs sociales ont changé, si bien que le fait d'être [TRADUCTION] « non chastes » ne discrédite plus les plaignantes. Cependant, la Cour a statué que le second mythe ne se limite pas aux attitudes à l'égard des femmes « non chastes » (*Darrach*, par. 33). De plus, s'il est vrai que les activités sexuelles suscitent généralement moins de réprobation qu'autrefois, les plaignantes continuent d'être traitées comme si

inference, do not deserve protection persists both inside and outside our courtrooms (*R. v. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245, at para. 128, cited in *Barton*, at para. 201, per Moldaver J. and, at para. 231, per Abella and Karakatsanis JJ.; see also E. Craig, *Putting Trials on Trial: Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (2018), at pp. 32 et seq.). This is implicit in the continued struggle to exclude inaccurate assumptions about what constitutes “typical” or “unusual” activity within a given relationship (see, e.g., E. Craig, “Section 276 Misconstrued: The Failure to Properly Interpret and Apply Canada’s Rape Shield Provisions” (2016), 94 *Can. Bar Rev.* 45, at p. 69; M. Randall, “Sexual Assault in Spousal Relationships, ‘Continuous Consent’, and the Law: Honest But Mistaken Judicial Beliefs” (2008), 32 *Man. L.J.* 144; C. Boyle, “Sexual Assault as Foreplay: Does *Ewanchuk* Apply to Spouses?” (2004), 20 C.R. (6th) 359). Finally, the suggestion that sexual assault is less harmful to those who are sexually active or in relationships is simply wrong (see, e.g., J. Koshan, “Marriage and Advance Consent to Sex: A Feminist Judgment in *R v JA*” (2016), 6:6 *Oñati Socio-legal Series* 1377 (online), at pp. 1387 and 1391).

[46] Even “relatively benign” relationship evidence must be scrutinized and handled with care. If the accused cannot point to a relevant use of the evidence *other than* the twin myths, mere assurances that evidence will not be used for those purposes are insufficient. This case highlights the dangers of accepting such assurances.

[47] In this case, the obvious implication of the evidence of an ongoing sexual relationship was that because the complainant had consented to sex with Goldfinch in the past, in similar circumstances, it was more likely she had consented on the night in question. As I set out in the sections that follow, the difficulty here was not that Goldfinch and the

elles étaient moins dignes de foi en raison de leur comportement sexuel antérieur. L’idée selon laquelle certaines plaignantes « incitent » à l’agression et, par inférence, ne méritent pas d’être protégées persiste tant à l’intérieur qu’à l’extérieur de nos tribunaux (*R. c. Barton*, 2017 ABCA 216, 354 C.C.C. (3d) 245, par. 128, cité dans *Barton*, par. 201, le juge Moldaver, et par. 231, les juges Abella et Karakatsanis; voir aussi E. Craig, *Putting Trials on Trial : Sexual Assault and the Failure of the Legal Profession* (2018), p. 32 et suiv.). Cela ressort implicitement de la lutte constante qui est menée en vue de l’exclusion des idées reçues inexactes au sujet de ce qui constitue une activité « typique » ou « inhabituelle » dans le cadre d’une relation donnée (voir, p. ex., E. Craig, « Section 276 Misconstrued : The Failure to Properly Interpret and Apply Canada’s Rape Shield Provisions » (2016), 94 *R. du B. can.* 45, p. 69; M. Randall, « Sexual Assault in Spousal Relationships, “Continuous Consent”, and the Law : Honest But Mistaken Judicial Beliefs » (2008), 32 *Man. L.J.* 144; C. Boyle, « Sexual Assault as Foreplay : Does *Ewanchuk* Apply to Spouses? » (2004), 20 C.R. (6th) 359). Enfin, la thèse voulant que l’agression sexuelle soit moins préjudiciable à celles qui sont actives sexuellement ou qui entretiennent des relations est tout simplement erronée (voir, p. ex., J. Koshan, « Marriage and Advance Consent to Sex : A Feminist Judgment in *R v JA* » (2016), 6:6 *Oñati Socio-legal Series* 1377 (en ligne), p. 1387 et 1391).

[46] Même la preuve « relativement inoffensive » d’une relation doit être examinée attentivement et utilisée avec prudence. Si l’accusé ne peut indiquer aucune utilisation pertinente de la preuve *autre que* celle visant à étayer les deux mythes, la simple assurance que cette preuve ne sera pas utilisée à ces fins ne suffit pas. La présente affaire met en évidence les dangers que présente le fait de s’appuyer sur pareille assurance.

[47] Dans le cas qui nous occupe, la preuve de la relation à caractère sexuel continue visait manifestement à établir que parce que la plaignante avait consenti dans le passé à avoir des rapports sexuels avec M. Goldfinch dans des circonstances semblables, il était plus probable qu’elle ait consenti à avoir un rapport sexuel avec lui le soir en question.

complainant had a relationship, but that Goldfinch could point to no relevant use for evidence of the *sexual* nature of the relationship. Such an approach misapprehends the nature of consent and is barred by s. 276(1).

(2) Section 276(2)

[48] Taken as a whole, s. 276 seeks to protect the privacy of complainants, encourage the reporting of sexual offences and exclude evidence which fuels propensity reasoning. In pursuit of these goals, s. 276(2) presumptively bars evidence of the complainant's previous sexual activity.

[49] However, in certain circumstances, the accused's right to make full answer and defence requires that such evidence be admitted. Under s. 276(2), the accused must demonstrate that the evidence:

(a) is of specific instances of sexual activity;

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

[50] In determining whether these criteria are met, s. 276(3) requires judges to consider a number of factors. These include the accused's right to make full answer and defence, the need to remove discriminatory beliefs or biases from the fact-finding process, potential prejudice to the complainant's dignity and privacy, and the right of every individual to the full protection and benefit of the law.

[51] Bare assertions that such evidence will be relevant to context, narrative or credibility cannot satisfy

Comme je l'indique dans les sections qui suivent, la difficulté en l'espèce n'était pas liée au fait que M. Goldfinch et la plaignante entretenaient une relation, mais plutôt au fait que M. Goldfinch ne pouvait indiquer aucune utilisation pertinente de la preuve du caractère *sexuel* de la relation. Une telle approche résulte d'une compréhension erronée de la nature du consentement et est interdite par le par. 276(1).

(2) Paragraphe 276(2)

[48] Dans son ensemble, l'art. 276 vise à protéger le droit à la vie privée des plaignantes, à encourager la dénonciation des infractions sexuelles et à exclure les éléments de preuve qui alimentent le raisonnement fondé sur la propension. Dans la poursuite de ces objectifs, le par. 276(2) établit une présomption d'inadmissibilité de la preuve concernant une activité sexuelle antérieure de la plaignante.

[49] Cependant, dans certaines circonstances, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière exige qu'une telle preuve soit admise. Conformément au par. 276(2), l'accusé doit démontrer :

(a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;

(b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

(c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

[50] Pour décider s'il est satisfait à ces critères, le juge doit, comme l'exige le par. 276(3), prendre en considération un certain nombre de facteurs, qui comprennent notamment le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la nécessité d'écarter du processus de détermination des faits les opinions ou préjugés discriminatoires, le risque d'atteinte à la dignité de la plaignante et à son droit à la vie privée et le droit de chacun à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi.

[51] Il ne suffit pas de simplement affirmer que la preuve a un lien avec le contexte, le récit

s. 276(2). A s. 276 application must provide “detailed particulars” which will allow a judge to meaningfully engage with the tests set out at s. 276(2) and (3). The accused must propose a use of the evidence that does not invoke twin-myth reasoning. These requirements are key to preserving the integrity of the trial by ensuring twin-myth reasoning masquerading as “context” or “narrative” does not ambush the proceedings.

(a) *Section 276(2)(a): Specific Instances of Sexual Activity*

[52] Goldfinch suggests that relationship evidence is difficult to situate in s. 276(2) because it does not constitute “specific instances of sexual activity” (see also *R. v. Rodney*, 2008 CanLII 5114 (Ont. S.C.J.); *R. v. A.R.C.*, [2002] O.J. No. 5364 (QL) (S.C.J.)). This position fails to recognize the purposes of the provision.

[53] The words “specific instances of sexual activity” must be read in light of the scheme and broader purposes of s. 276. The requirement that evidence be “specific” prevents aimless or sweeping inquiries into the complainant’s sexual history. The accused must point to identifiable activity, but the degree of specificity required in a particular case will depend on the nature of the evidence, how the accused intends to use it, and its potential to prejudice the proper administration of justice. As Doherty J.A. noted in *L.S.*, specificity is required so that judges may apply the scheme in a way that effectively protects the rights of the complainant and ensures trial fairness. A purposive interpretation thus calls for evidence that is sufficiently specific to support a fully informed analysis, allowing the judge to circumscribe what evidence may be adduced and how it may be used.

[54] Evidence of a relationship that implies sexual activity, such as “friends with benefits”, as defined

ou la crédibilité pour satisfaire aux exigences du par. 276(2). Une demande fondée sur l’art. 276 doit « énonc[e] toutes précisions », ce qui permettra au juge d’appliquer de manière significative les critères énoncés aux par. 276(2) et (3). L’accusé doit proposer une utilisation de la preuve qui ne fait pas appel à un raisonnement fondé sur les deux mythes. Ces exigences sont essentielles pour préserver l’intégrité du procès en faisant en sorte qu’un raisonnement fondé sur les deux mythes, sous le couvert du « contexte » ou du « récit », ne vienne pas embrouiller le processus judiciaire.

a) *Alinéa 276(2)a) : cas particuliers d’activité sexuelle*

[52] M. Goldfinch avance que la preuve de la relation est difficile à situer dans le par. 276(2) parce qu’elle ne constitue pas des « cas particuliers d’activité sexuelle » (voir aussi *R. c. Rodney*, 2008 CanLII 5114 (C.S.J. Ont.); *R. c. A.R.C.*, [2002] O.J. No. 5364 (QL) (C.S.J.)). Cette position ne tient pas compte des objets de la disposition.

[53] L’expression « cas particuliers d’activité sexuelle » doit être interprétée à la lumière du régime de l’art. 276 et de ses objectifs plus larges. L’exigence voulant que la preuve se rapporte à des cas « particuliers » empêche les questions inutiles ou d’une grande portée concernant le passé sexuel de la plaignante. L’accusé doit faire état d’une activité identifiable, mais le degré de particularité requis dans une affaire donnée dépendra de la nature de la preuve, de la façon dont l’accusé entend l’utiliser et de la possibilité qu’elle ait un effet préjudiciable sur la bonne administration de la justice. Comme l’a souligné le juge Doherty dans *L.S.*, la précision est nécessaire pour que les juges soient en mesure d’appliquer le régime d’une manière qui protège efficacement les droits de la plaignante et assure l’équité du procès. Une interprétation téléologique commande donc une preuve qui soit suffisamment particularisée pour soutenir une analyse bien éclairée, ce qui permettrait au juge de déterminer quelle preuve peut être produite et de quelle façon elle peut être utilisée.

[54] La preuve de la relation supposant des activités sexuelles, comme une relation d’« amis-amants »,

by the accused here, inherently encompasses specific instances of sexual activity. Requiring further details would unnecessarily invade the complainant's privacy, defeating an important objective of the provision. I agree with the statement in *L.S.* that specifying the parties to the relationship, the nature of that relationship and the relevant time period satisfies the purposes of trial fairness (para. 83). Those criteria are met in this case.

(b) *Section 276(2)(b): Relevance to an Issue at Trial*

[55] Turning to the second requirement, the importance of relevance to an issue at trial is highlighted by the procedural safeguards inherent in the s. 276 regime. Section 276.1(2) requires the accused to set out, in writing, the “detailed particulars” of the evidence to be adduced as well as the “relevance of th[e] evidence to an issue at trial”. The application judge must be satisfied that the evidence is capable of being admitted under s. 276(2) before ordering a *voir dire* (s. 276.1(4)(c)). Judges who admit such evidence must also provide written reasons identifying the relevance of the evidence admitted (s. 276.2(3)(c)).⁶ These procedural requirements reflect the fact that sexual assault prosecutions require heightened attention to the general principle that no party should be allowed to distort the process by producing irrelevant evidence (*Darrach*, at paras. 24 and 37).

[56] It goes without saying that the “relevant issue” cannot be one of the twin myths prohibited by s. 276(1).⁷ Neither will generic references to the credibility of the accused or the complainant suffice. Credibility is an issue that pervades most trials, and “[e]vidence of prior sexual activity will rarely be relevant to support a denial that sexual activity took place or to establish consent” (*Darrach*, at para. 58; see also *Handy*, at paras. 115-16). Arguments for

telle que définie par l'accusé en l'espèce, comprend nécessairement des cas particuliers d'activité sexuelle. Exiger plus de détails porterait inutilement atteinte au droit à la vie privée de la plaignante, ce qui contrecarrerait un objectif important de la disposition. Je souscris à l'énoncé dans *L.S.* selon lequel le fait de préciser les parties à la relation, la nature de cette relation et la période pertinente atteint l'objectif d'assurer l'équité du procès (par. 83). Il est clairement satisfait à ces critères en l'espèce.

b) *Alinéa 276(2)b) : rapport avec un élément de la cause*

[55] En ce qui concerne la deuxième exigence, les garanties procédurales inhérentes au régime de l'art. 276 font ressortir l'importance que la preuve ait un rapport avec un élément de la cause. Le paragraphe 276.1(2) exige que l'accusé énonce, par écrit, toutes les « précisions » au sujet de la preuve qu'il veut présenter ainsi que le « rapport de celle-ci avec un élément de la cause ». Le juge saisi de la demande doit être convaincu que la preuve en cause est susceptible d'être admise au titre du par. 276(2) avant d'ordonner la tenue d'un voir-dire (par. 276.1(4)). Le juge qui admet une telle preuve doit également fournir des motifs écrits précisant la façon dont la preuve admise est en rapport avec un élément de la cause (al. 276.2(3)c)⁷). Ces exigences procédurales témoignent du fait que les poursuites pour agression sexuelle nécessitent que l'on accorde une attention accrue à la règle générale selon laquelle il ne saurait être permis à une partie de dénaturer le processus en produisant des éléments de preuve non pertinents (*Darrach*, par. 24 et 37).

[56] Il va sans dire que le « rapport » entre la preuve et un élément de la cause ne peut être l'un des deux mythes interdits par le par. 276(1)⁸. Les allusions générales à la crédibilité de l'accusé ou de la plaignante ne suffisent pas non plus. La crédibilité est un élément omniprésent dans la plupart des procès, et « [l]a preuve du comportement sexuel antérieur sera rarement pertinente pour appuyer une dénégation que l'activité sexuelle a eu lieu ou pour établir le

⁶ Now s. 278.94(4)(c).

⁷ This has been made explicit in the December 2018 amendments.

⁷ Maintenant l'al. 278.94(4)c).

⁸ Les modifications apportées en décembre 2018 ont rendu cette règle explicite.

relevance must be scrutinized to ensure “context” is not simply a disguised myth.

[57] That said, a relationship may provide relevant context quite apart from any sexual activity. Where the relationship is defined as including sexual activity, as the trial judge held “friends with benefits” was here, it is critical that the relevance of the *sexual nature* of the relationship to an issue at trial be identified with *precision*.

[58] At the *voir dire*, Goldfinch described relevance in general terms: the evidence was necessary for “context” or to prevent “faulty impressions”. He was not merely concerned with dispelling the notion that he and the complainant were strangers: he specifically sought to introduce the sexual nature of the relationship. The trial judge was clearly alive to the possibility that this could be used to support the twin myths. In the end, however, the trial judge concluded that the evidence was relevant because it put the relationship “in proper context”. In coming to this conclusion, she relied on *R. v. Strickland* (2007), 45 C.R. (6th) 183 (Ont. S.C.J.). In that case, the trial judge reasoned that the probative value of “contextual” relationship evidence did not support an inference of “an increased likelihood of consent” but rather could dispel an inference of “the unlikelihood of consent” (para. 35).

[59] With respect, that is a distinction without a difference. Three paragraphs from *Strickland* illustrate why:

It can be said that, as a general rule, people do not have sexual intercourse with complete strangers. Generally speaking, sexual partners are involved in a relationship of some sort. . . . What does matter is that, at some point, each partner has made an assessment of the other, and decided

consentement » (*Darrach*, par. 58; voir aussi *Handy*, par. 115-116). Il faut examiner minutieusement les arguments en faveur de la pertinence de la preuve afin de s’assurer que le « contexte » ne constitue pas simplement un mythe déguisé.

[57] Cela dit, la relation peut constituer un élément contextuel pertinent, indépendamment de toute activité sexuelle. Lorsque la relation est décrite comme comportant des activités sexuelles, comme c’était le cas de la relation d’« amis-amants » en l’espèce selon la juge du procès, il est essentiel que le rapport entre le *caractère sexuel* de la relation et un élément de la cause soit énoncé avec *précision*.

[58] Lors du voir-dire, M. Goldfinch a cherché à établir un rapport général avec la cause : la preuve était nécessaire pour donner du [TRADUCTION] « contexte » ou dissiper toute « fausse impression ». Il ne se préoccupait pas seulement d’écarter l’idée selon laquelle lui et la plaignante étaient des étrangers : il visait précisément à présenter en preuve le caractère sexuel de la relation. La juge du procès était manifestement consciente de la possibilité que ces éléments de preuve soient utilisés pour étayer les deux mythes. Toutefois, la juge du procès a finalement conclu que la preuve était pertinente parce qu’elle situait la relation [TRADUCTION] « dans le bon contexte ». Pour parvenir à cette conclusion, elle s’est fondée sur la décision *R. c. Strickland* (2007), 45 C.R. (6th) 183 (C.S.J. Ont.). Dans cette décision, le juge du procès a conclu que la valeur probante de la preuve « contextuelle » de la relation n’était pas l’inférence selon laquelle il était [TRADUCTION] « plus probable qu’il y ait eu consentement », mais pouvait plutôt réfuter l’inférence selon laquelle il était « improbable qu’il y ait eu consentement » (par. 35).

[59] Soit dit en tout respect, il s’agit d’une distinction vide de sens. Les trois paragraphes suivants de la décision *Strickland* montrent pourquoi :

[TRADUCTION] On peut dire que, en règle générale, les gens n’ont pas des rapports sexuels avec de parfaits étrangers. De façon générale, les partenaires sexuels entretiennent une certaine forme de relation. [. . .] Ce qui importe, c’est que, à un moment donné, chaque partenaire s’est fait

that that person is a suitable person with whom to share this most intimate human experience.

It is the fact that such a decision was made in the past by the complainant that is relevant. . . . It is this fact that makes it at least somewhat more probable that a complainant would consent to having sex with a man with whom she had an existing sexual relationship, than if no such relationship existed at all.

...

To restate in the language of *Darrach*, the inference of an increased likelihood of consent does not flow from the sexual nature of the activity, but rather from the existence of a relationship in which that activity took place. [paras. 27-28 and 30]

[60] It is difficult to conceive of a more clear instance of twin-myth reasoning than the proposition that because the complainant had “at some point” consented to be intimate with the accused, it was “more probable” that she would have done so again.

[61] Moreover, while the case law provides examples of how evidence of previous sexual activity between an accused and a complainant may be relevant to an issue at trial, none of them apply here.

[62] Prior sexual activity may be particularly relevant to a defence of honest but mistaken belief in communicated consent (*Seaboyer*, at pp. 613-16; *Darrach*, at para. 59; *Barton*, at paras. 91 et seq.). However, an honest but mistaken belief cannot simply rest upon evidence that a person consented at “some point” in the past: that would be twin-myth reasoning. By definition, the defence must rely upon evidence of *how* the complainant previously communicated consent so that the accused can adequately support a belief that consent was expressed. Here, the trial judge properly instructed the jury not to rely on the “friends with benefits” evidence in evaluating the defence of honest but mistaken belief.

une opinion sur l’autre et a décidé qu’il voulait vivre cette expérience humaine des plus intimes avec cette personne.

C’est le fait que la plaignante ait pris une telle décision par le passé qui est pertinent. [. . .] C’est ce qui rend au moins un peu plus probable que la plaignante ait consenti à avoir des rapports sexuels avec un homme avec lequel elle entretenait déjà une relation de nature sexuelle, qu’elle consente à de tels rapports avec cet homme s’il n’existait aucune relation entre elle et lui.

...

Pour paraphraser l’arrêt *Darrach*, l’inférence selon laquelle il est plus probable qu’il y ait eu consentement ne découle pas du caractère sexuel de l’activité, mais plutôt de l’existence d’une relation dans le cadre de laquelle a eu lieu cette activité. [par. 27-28 et 30]

[60] J’ai peine à imaginer un exemple plus clair d’un raisonnement fondé sur les deux mythes que la thèse voulant que, parce que la plaignante avait [TRADUCTION] « à un moment donné » consenti à avoir des rapports intimes avec l’accusé, il était « plus probable » qu’elle y consente de nouveau.

[61] De plus, même si la jurisprudence offre des exemples de la façon dont la preuve concernant une activité sexuelle antérieure entre un accusé et une plaignante peut être en rapport avec un élément de la cause, aucun de ceux-ci ne s’applique en l’espèce.

[62] Une activité sexuelle antérieure peut être particulièrement pertinente dans le cas d’une défense de croyance sincère mais erronée au consentement communiqué (*Seaboyer*, p. 613-616; *Darrach*, par. 59; *Barton*, par. 91 et suiv.). Cependant, la croyance sincère mais erronée ne peut pas simplement reposer sur la preuve que la personne a donné son consentement à un « moment donné » dans le passé : il s’agirait d’un raisonnement fondé sur les deux mythes. Par définition, la défense doit se fonder sur une preuve de *la façon* dont la plaignante a antérieurement communiqué son consentement pour que l’accusé puisse adéquatement étayer sa croyance à un consentement exprimé. En l’espèce, la juge du procès a eu raison d’indiquer aux jurés de ne pas se fonder sur la preuve concernant la relation d’« amis-amants » pour apprécier la défense de croyance sincère mais erronée.

[63] Evidence of a sexual relationship may also be relevant when complainants have offered inconsistent statements regarding the very existence of a sexual relationship with the accused (see, e.g., *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (Ont. C.A.); *R. v. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179 (Ont. S.C.J.)). There were no such contradictory statements from the complainant in the record at the time of the *voir dire* and Goldfinch did not proceed on this basis.

[64] To the extent that Goldfinch sought to establish a pattern of behaviour, the “pattern” here was hardly distinctive; it would not be admissible as similar fact evidence (*Handy*, at paras. 82, 127 and 131). As I have noted, the limited admissibility of similar fact evidence protects the truth-seeking function of the trial by excluding evidence that is overly prejudicial to the accused. By imposing the same evidentiary standard under s. 276, neither the accused nor the complainant is denied equal protection of the law on the basis of lifestyle, character or reputation (Craig, “Section 276 Misconstrued”, at p. 71).

[65] Finally, Goldfinch submits that the sexual aspect of a relationship may be relevant to the coherence of the accused’s narrative, and by extension, credibility. There will, of course, be circumstances in which context will be relevant for the jury to properly understand and assess the evidence. That assessment, however, must be free of twin-myth reasoning. General arguments that the sexual nature of a relationship is relevant to context, narrative or credibility will not suffice to bring the evidence within the purview of s. 276(2).

[66] That Goldfinch points to only two cases in which evidence was admitted as necessary “context” illustrates the rarity of such circumstances (*Temertzoglou*; *R. v. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85 (Ont. S.C.J.)). In both of these cases, the evidence admitted was fundamental to the coherence of the defence narrative. It was not merely helpful context. This was not the case here.

[63] La preuve d’une relation à caractère sexuel peut également être pertinente lorsque la plaignante a fait des déclarations contradictoires concernant l’existence même d’une telle relation avec l’accusé (voir, p. ex., *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (C.A. Ont.); *R. c. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179 (C.S.J. Ont.)). Dans l’affaire qui nous occupe, il n’y avait aucune déclaration contradictoire de la plaignante dans le dossier au moment du voir-dire et M. Goldfinch ne s’est pas fondé sur un tel argument.

[64] Dans la mesure où M. Goldfinch cherchait à établir l’existence d’un mode de comportement, le « mode » en l’espèce n’était guère distinctif; il ne serait pas admissible à titre de preuve de faits similaires (*Handy*, par. 82, 127 et 131). Comme je l’ai souligné, l’admissibilité limitée de la preuve de faits similaires protège la fonction de recherche de la vérité du procès par l’exclusion des éléments de preuve qui sont trop préjudiciables à l’accusé. En imposant la même norme de preuve, l’art. 276 fait en sorte que ni l’accusé ni la plaignante ne sont privés de la protection de la loi en raison de leur mode de vie, de leur moralité ou de leur réputation (Craig, « Section 276 Misconstrued », p. 71).

[65] Enfin, M. Goldfinch affirme que l’aspect sexuel d’une relation peut être pertinent pour la cohérence du récit de l’accusé, et par extension, pour sa crédibilité. Il peut certes y avoir des circonstances où le contexte sera pertinent pour permettre au jury de bien comprendre et apprécier la preuve, mais cette appréciation ne doit pas reposer sur un raisonnement fondé sur les deux mythes. Des arguments généraux selon lesquels le caractère sexuel de la relation a un lien avec le contexte, le récit ou la crédibilité ne suffiront pas à rendre la preuve admissible sous le régime du par. 276(2).

[66] Le fait que M. Goldfinch ne cite que deux décisions dans lesquelles la preuve a été admise à titre de « contexte » nécessaire témoigne de la rareté de ce type de circonstances (*Temertzoglou*; *R. c. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85 (C.S.J. Ont.)). Dans ces deux décisions, la preuve admise était fondamentale pour la cohérence du récit de la défense; elle ne constituait pas simplement un élément contextuel utile. Ce n’était pas le cas en l’espèce.

[67] Before this Court, Goldfinch sought to articulate specific issues which made the sexual nature of the relationship critical to his defence. He advanced that his narrative would be inherently improbable if the jury did not know he and the complainant were “friends with benefits”. Among other things, he argued that the evidence was relevant to the jury’s assessment of the complainant’s call suggesting Goldfinch owed her “birthday sex” as well as to his testimony that the complainant smiled when he mouthed “I’m going to fuck you”.

[68] In my view, there is nothing about Goldfinch’s testimony that casts him in an unfavourable light or renders his narrative untenable or utterly improbable absent the information that the two were “friends with benefits”. The complainant’s request for “birthday sex” does not reflect on Goldfinch’s character or behaviour. As well, her reaction to his comment was a smile — hardly an indication that this behaviour was beyond the pale of their relationship. Tellingly, the complainant did not deny the call, Goldfinch’s comment or the smile.

(c) *Section 276(2)(c): Balancing Probative Value and Prejudice to the Proper Administration of Justice*

[69] The final step in the s. 276 analysis requires judges to balance the probative value of proposed evidence against the danger of prejudice to the proper administration of justice, taking into account the factors set out in s. 276(3). Both considerations must receive heightened attention as “[the test] . . . serves to direct judges to the serious ramifications of the use of evidence of prior sexual activity for all parties” (*Darrach*, at para. 40). Balancing the s. 276(3) factors ultimately depends on the nature of the evidence being adduced and the factual matrix of the case. It will depend, in part, on how important the evidence is to the accused’s right to make full answer and defence. For example, the relative value

[67] Devant la Cour, M. Goldfinch a tenté de formuler les questions précises qui faisaient en sorte que le caractère sexuel de sa relation avec la plaignante était un élément essentiel de sa défense. Il a fait valoir que son récit serait intrinsèquement improbable si le jury ne savait pas que la plaignante et lui entretenaient une relation d’« amis-amants ». Notamment, il a soutenu que la preuve était pertinente pour l’appréciation par le jury de l’appel que lui avait fait la plaignante afin de lui dire qu’il lui devait du « sexe pour son anniversaire » ainsi que de son témoignage selon lequel la plaignante avait souri quand il avait articulé en silence « je vais te baiser ».

[68] À mon avis, aucun élément du témoignage de M. Goldfinch ne le présente sous un mauvais jour ou ne rend son récit indéfendable ou complètement improbable si on ne sait pas que la plaignante et lui entretenaient une relation d’« amis-amants ». Le fait que la plaignante ait demandé du « sexe pour son anniversaire » n’a aucune incidence sur la moralité ou le comportement de M. Goldfinch. En outre, celle-ci a répondu à son commentaire par un sourire — ce qui n’indique guère que ce comportement était inacceptable dans le cadre de leur relation. Qui plus est, la plaignante n’a pas nié avoir fait l’appel, ni le fait que M. Goldfinch ait dit ce commentaire, ni le fait qu’elle lui avait souri.

c) *Alinéa 276(2)c) : la mise en balance de la valeur probante et de l’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice*

[69] La dernière étape de l’analyse fondée sur l’art. 276 exige que le juge mette en balance la valeur probante de la preuve proposée et le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice, compte tenu des facteurs énoncés au par. 276(3). Ces deux considérations requièrent une attention accrue car « [le critère] [. . .] sert à indiquer aux juges les graves conséquences de l’utilisation de la preuve du comportement sexuel antérieur sur toutes les parties dans ces affaires » (*Darrach*, par. 40). La mise en balance des facteurs énoncés au par. 276(3) dépend ultimement de la nature de la preuve qui est produite et du fondement factuel de l’affaire. Elle dépend, en partie, de l’importance de la preuve eu

of sexual history evidence will be significantly reduced if the accused can advance a particular theory *without* referring to that history. In contrast, where that evidence directly implicates the accused's ability to raise a reasonable doubt, the evidence is obviously fundamental to full answer and defence (*Mills*, at paras. 71 and 94). This was not the case here: Goldfinch's right to full answer and defence would not have been compromised by excluding the sexual nature of the relationship.

[70] Indeed, having found that the “friends with benefits” evidence was not relevant to an issue at trial, it follows that it has no probative value. The evidence was relevant only to suggest that the complainant was more likely to have consented because she had done so in the past. Thus the evidence went only to the twin myths which, as Gonthier J. held in *Darrach*, are “not probative of consent or credibility and can severely distort the trial process” (para. 33).

C. *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609

[71] The improper admission of relationship evidence from which sexual activity may be inferred risks infecting a trial with the precise prejudicial assumptions s. 276 is designed to weed out.

[72] In the case at bar, the “context” laid out before the jury was clearly infected with twin-myth reasoning. The jury should not have been privy to particulars regarding the frequency of the sexual contact or Goldfinch's testimony characterizing the evening as “typical” or “routine”. That evidence clearly engages twin-myth reasoning by suggesting that because the complainant had “typically” consented to sex with Goldfinch in the past, she was more likely to have done so on this “routine” occasion. Admitting that evidence was a reversible error of law which might reasonably be thought to have

égard au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Par exemple, la valeur relative de la preuve concernant le passé sexuel sera considérablement réduite si l'accusé peut défendre une thèse donnée *sans* faire état de ce passé. En revanche, lorsque la preuve implique directement la capacité de l'accusé de soulever un doute raisonnable, il est évident que cette preuve devient un élément fondamental de la défense pleine et entière (*Mills*, par. 71 et 94). Ce n'était pas le cas en l'espèce : le droit de M. Goldfinch à une défense pleine et entière n'aurait pas été compromis par l'exclusion de la preuve du caractère sexuel de la relation.

[70] De fait, ayant conclu que la preuve de la relation d'« amis-amants » n'était pas en rapport avec un élément de la cause, je conclus également qu'elle n'a pas de valeur probante. Cette preuve n'était pertinente que pour laisser entendre que la plaignante était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle parce qu'elle l'avait fait dans le passé. Par conséquent, la preuve ne servait qu'à alimenter les deux mythes qui, comme l'a affirmé le juge Gonthier dans *Darrach*, ne sont « pas probants quant au consentement ou à la crédibilité, et [. . .] peuvent dénaturer gravement le procès » (par. 33).

C. *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609

[71] L'admission irrégulière de la preuve d'une relation de laquelle on peut inférer qu'il y a eu des activités sexuelles risque de vicier le procès en introduisant les idées reçues préjudiciables que l'art. 276 vise justement à écarter.

[72] Dans la présente affaire, la preuve du « contexte » présentée au jury était manifestement viciée par un raisonnement fondé sur les deux mythes. Le jury n'aurait pas dû être au courant des détails concernant la fréquence des rapports sexuels ou du témoignage de M. Goldfinch caractérisant la soirée d'« habituelle » ou de « typique ». Cette preuve invoque manifestement un raisonnement fondé sur les deux mythes, car elle laisse entendre que parce que la plaignante avait « habituellement » consenti à avoir des rapports sexuels avec M. Goldfinch par le passé, elle était plus susceptible d'avoir consenti

had a material bearing on the acquittal (*Graveline*, at para. 14).

D. *Final Comments*

[73] Evidence of sexual relationships must be handled with care in sexual assault trials.

[74] Where a trial judge is concerned that the jury may improperly speculate about past sexual activity, it may be helpful to give an instruction specifying that the jury will not hear any evidence about whether the relationship included a sexual aspect. The instruction should explain that the details of previous sexual interactions are simply not relevant to the determination of whether the complainant consented to the act in question. No means no, and only yes means yes: even in the context of an established relationship, even part way through a sexual encounter, and even if the act is one the complainant has routinely consented to in the past. Giving such an instruction would both reinforce the principles which guide a proper analysis of consent and mitigate the risk that jurors will rely on their own conceptions of what sexual activity is “typical” in a given relationship.

[75] *How* evidence is to be adduced may also impact trial fairness. Much of the evidence that ultimately came out in this case was adduced during the Crown’s examination of the complainant and, to a lesser degree, its cross-examination of Goldfinch. This requires two observations. First, I note that Crown counsel would not have adduced this evidence but for the s. 276 application, which I have concluded should not have been granted. While the parties did not have the benefit of this Court’s recent holding in *Barton*, I would reiterate that Crown-led evidence of prior sexual activity must be governed by the principles set out in s. 276(1) and *Seaboyer* (*Barton*, at paras. 68, 80 and 197). Second, proper

à un tel rapport lors de cette soirée « typique ». L’admission de cette preuve constituait une erreur de droit justifiant l’annulation de la décision, et on peut raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement (*Graveline*, par. 14).

D. *Dernières observations*

[73] La preuve d’une relation à caractère sexuel doit être utilisée avec prudence lors d’un procès pour agression sexuelle.

[74] Lorsque le juge du procès craint que les jurés puissent conjecturer à tort sur une activité sexuelle antérieure de la plaignante, il peut être utile de leur donner une directive précisant qu’ils n’entendront aucun témoignage quant à savoir si la relation comprenait un aspect sexuel. Dans sa directive, le juge du procès devrait expliquer que les détails des rapports sexuels antérieurs ne sont tout simplement pas pertinents pour la décision de savoir si la plaignante a consenti à l’acte en question. Non veut dire non, et seul oui veut dire oui : même dans le contexte d’une relation établie, même au beau milieu d’un rapport sexuel, et même si l’acte en question en est un auquel la plaignante a régulièrement consenti dans le passé. Le fait de donner une telle directive permettrait à la fois de renforcer les principes qui régissent l’analyse adéquate du consentement et de réduire le risque que les jurés se fondent sur leurs propres conceptions de ce qui constitue une activité sexuelle « typique » dans une relation donnée.

[75] *Comment* la preuve doit être présentée peut également avoir une incidence sur l’équité du procès. Une grande partie de la preuve qui a finalement été présentée en l’espèce l’a été lors de l’interrogatoire de la plaignante par la Couronne et, dans une moindre mesure, lors du contre-interrogatoire de M. Goldfinch par celle-ci. Deux observations s’imposent à ce sujet. D’abord, je note que la procureure de la Couronne n’aurait pas présenté cette preuve si ce n’était de la demande fondée sur l’art. 276 qui, comme je l’ai conclu, n’aurait pas dû être accueillie. Bien que les parties n’aient pas bénéficié de la décision récente de notre Cour dans *Barton*, je tiens à réitérer que la preuve présentée par la Couronne

management of evidence which falls within the scope of the s. 276 regime requires vigilance from all trial participants, but especially trial judges — the ultimate evidentiary gatekeepers. Leading evidence through an agreed statement of facts, as the trial judge suggested here, is one way to do so.

[76] I would dismiss the appeal.

The reasons of Moldaver and Rowe JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[77] This case raises the difficult yet important issue of whether — and if so, to what extent — evidence of an ongoing sexual relationship between the accused and the complainant is admissible in a sexual assault trial.

[78] The complainant in this case alleges that on May 28, 2014, the appellant, Patrick John Goldfinch, sexually assaulted her in his home. The incident resulted in Mr. Goldfinch being charged with both assault and sexual assault. Mr. Goldfinch maintained his innocence, claiming that the sexual activity in question was consensual.

[79] At trial, Mr. Goldfinch applied under s. 276.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 (“*Code*”),⁸ to adduce evidence that at the time of the alleged sexual assault, he and the complainant were in a “friends with benefits” relationship that involved occasional sex. The Crown opposed the admission of this evidence. Following a *voir dire*, the trial judge ruled that the evidence was admissible for the dual purposes of providing context to the events in question and

concernant une activité sexuelle antérieure doit être régie par les principes énoncés au par. 276(1) et dans l’arrêt *Seaboyer (Barton)*, par. 68, 80 et 197). Ensuite, les différents participants à un procès, mais plus particulièrement les juges du procès — les gardiens ultimes de la preuve — doivent faire preuve de vigilance pour assurer le traitement approprié de la preuve qui relève de l’art. 276. La présentation de la preuve au moyen d’un exposé conjoint des faits, comme l’a proposé la juge du procès en l’espèce, constitue une façon de le faire.

[76] Je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Moldaver et Rowe rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[77] Le présent pourvoi soulève la question difficile, mais importante, de savoir si — et le cas échéant, dans quelle mesure — la preuve d’une relation continue à caractère sexuel entre l’accusé et la plaignante est admissible dans un procès pour agression sexuelle.

[78] La plaignante en l’espèce soutient que, le 28 mai 2014, l’appelant, Patrick John Goldfinch, l’a agressée sexuellement alors qu’ils étaient chez lui. Par suite de cet incident, M. Goldfinch a été accusé à la fois de voies de fait et d’agression sexuelle. M. Goldfinch clame son innocence, affirmant que l’activité sexuelle en question était consensuelle.

[79] Au procès, M. Goldfinch s’est fondé sur l’art. 276.1 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46 (« *Code* »)⁹ pour demander l’autorisation de présenter une preuve établissant qu’au moment de l’agression sexuelle reprochée, la plaignante et lui entretenaient une relation [TRADUCTION] « amis-amants » qui comportait des relations sexuelles occasionnelles. La Couronne s’est opposée à l’admission de cette preuve. À l’issue d’un voir-dire, la juge

⁸ All section number references are to the *Code*.

⁹ Toutes les dispositions citées sont des dispositions du *Code*.

avoiding an erroneous misapprehension on the part of the jury that Mr. Goldfinch and the complainant were platonic friends. The trial ended with the jury acquitting Mr. Goldfinch of both assault and sexual assault.

[80] The Crown appealed Mr. Goldfinch's acquittals to the Alberta Court of Appeal. A majority of that court overturned the acquittals, holding that the trial judge erred in admitting evidence of the nature of Mr. Goldfinch's relationship with the complainant — "friends with benefits" — at the time of the alleged assault. In the majority's view, this evidence was inadmissible because it did nothing more than advance one of the twin myths prohibited by s. 276(1) — namely, that the complainant was more likely to have consented on the night in question because she had previously engaged in sex with Mr. Goldfinch. Justice Berger dissented. In his view, the impugned evidence was admissible under s. 276(2) because it was integral to Mr. Goldfinch's ability to make full answer and defence. Mr. Goldfinch now appeals to this Court as of right.

[81] The s. 276 regime is sometimes viewed as a zero-sum game pitting the rights of the complainant against those of the accused. But in my respectful view, this is a mischaracterization. The s. 276 regime is designed to respect and preserve the rights of *both* complainants and accused persons by excluding evidence which would undermine the legitimacy of our criminal justice system and inhibit the search for truth, while allowing for the admission of evidence which would enhance the legitimacy of our criminal justice system and promote the search for truth. In this way, the regime seeks to promote the integrity of the trial process as a whole — a concept that is essential to the public's faith in the criminal justice system.

du procès a conclu que la preuve était admissible d'une part afin de permettre une mise en contexte des événements en cause, et d'autre part afin d'éviter que le jury croit, en raison d'une interprétation erronée, que M. Goldfinch et la plaignante entretenaient une relation platonique. À la fin du procès, le jury a acquitté M. Goldfinch des accusations de voies de fait et d'agression sexuelle.

[80] La Couronne a interjeté appel des acquittements de M. Goldfinch à la Cour d'appel de l'Alberta. Les juges majoritaires de cette cour ont infirmé les acquittements, statuant que la juge du procès avait commis une erreur en admettant la preuve relative au caractère de la relation que M. Goldfinch entretenait avec la plaignante — « amis-amants » — au moment de l'agression reprochée. Selon les juges majoritaires, cette preuve était inadmissible parce qu'elle ne faisait qu'étayer l'un des deux mythes qu'interdit le par. 276(1) — à savoir que la plaignante était plus susceptible d'avoir consenti à l'activité sexuelle le soir en question parce qu'elle avait déjà eu des relations sexuelles avec M. Goldfinch. Le juge Berger était dissident. À son avis, la preuve en cause était admissible en application du par. 276(2) parce qu'elle était essentielle à la capacité de M. Goldfinch de présenter une défense pleine et entière. M. Goldfinch se pourvoit maintenant de plein droit devant notre Cour.

[81] Le régime établi par l'art. 276 est parfois considéré comme un jeu à somme nulle opposant les droits de la plaignante à ceux de l'accusé. Or, il s'agit à mon avis d'une caractérisation erronée. Le régime établi par l'art. 276 vise à assurer le respect et la protection des droits des plaignantes *aussi bien* que ceux des accusés, en excluant des éléments de preuve susceptibles de compromettre la légitimité de notre système de justice criminelle et d'entraver la recherche de la vérité, tout en permettant la présentation d'éléments de preuve qui renforceraient la légitimité de notre système de justice criminelle et favoriseraient la recherche de la vérité. De cette façon, le régime vise à promouvoir l'intégrité du procès dans son ensemble — un concept essentiel à la confiance du public dans le système de justice criminelle.

[82] In pursuing this objective, the s. 276 regime operates in a step-by-step manner. From the accused's initial application under s. 276.1 to the final limiting instruction required by s. 276.4, the s. 276 regime establishes a rigorous, multistep process through which sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused must be carefully vetted and winnowed down to its essentials. To make its way into evidence at trial, such evidence must withstand careful scrutiny at each stage of the process.

[83] As I will explain, for sexual activity evidence to be admitted under s. 276(2), the accused must demonstrate, at a minimum, that the evidence goes to a legitimate aspect of his defence and is integral to his ability to make full answer and defence. This requires that the accused be able to identify specific facts or issues relating to his defence that can be properly understood and resolved by the trier of fact only if reference is made to the sexual activity evidence in question. Further, to the extent sexual activity evidence is ultimately admitted, the trial judge must explain to the jury, in clear and precise terms, the uses for which the evidence may — and may *not* — be used. Finally, *all* trial participants — including the trial judge, Crown and defence counsel, and witnesses — must hew to the specific, legitimate purpose for which the evidence has been admitted, without expanding the scope of the ruling or using the admissible evidence for inadmissible purposes. This is essential to preserving not only the rights of the accused and the complainant, but also the integrity of the trial process as a whole.

[84] In the case at hand, for reasons that follow, I am respectfully of the view that the trial judge erred in admitting the “friends with benefits” evidence under s. 276, having particular regard to the manifest deficiencies in Mr. Goldfinch's application to introduce this evidence. Furthermore, the improper admission of this evidence for the broad purpose of providing “context” led to a significant and highly prejudicial broadening of the sexual activity evidence at trial. This, in my view, might reasonably have had a material bearing on

[82] En vue de l'atteinte de cet objectif, le régime de l'art. 276 fonctionne par étapes. De la demande initiale de l'accusé fondée sur l'art. 276.1 jusqu'aux directives restrictives qu'exige l'art. 276.4, le régime de l'art. 276 établit un processus strict à plusieurs étapes au cours duquel la preuve concernant une activité sexuelle présentée par l'accusé ou son représentant doit être soigneusement examinée et ramenée à l'essentiel. Pour pouvoir être présentée au procès, une telle preuve doit résister à un examen minutieux à chaque étape du processus.

[83] Comme je vais l'expliquer, pour que la preuve concernant une activité sexuelle soit admise en application du par. 276(2), l'accusé doit au moins démontrer que cette preuve s'attache à un aspect légitime de sa défense et qu'elle est essentielle à sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Pour cela, l'accusé doit pouvoir cerner les questions ou faits précis liés à sa défense que le juge des faits ne pourrait résoudre ou comprendre adéquatement que s'il est fait référence à la preuve en cause concernant une activité sexuelle. Par ailleurs, dans la mesure où la preuve concernant une activité sexuelle est finalement admise, le juge du procès doit expliquer au jury, en termes clairs et précis, les fins auxquelles celle-ci peut — et *ne peut pas* — être utilisée. Enfin, *tous* les participants au procès — y compris le juge, les avocats de la poursuite et de la défense, et les témoins — doivent s'en tenir à la fin précise et légitime pour laquelle la preuve a été admise, sans élargir la portée de la décision ou utiliser la preuve admissible à des fins inadmissibles. Cela est essentiel non seulement pour protéger les droits de l'accusé et de la plaignante, mais aussi pour préserver l'intégrité du procès dans son ensemble.

[84] Dans l'affaire qui nous occupe, et pour les motifs qui suivent, j'estime avec égards que le juge du procès a commis une erreur en admettant la preuve de la relation « amis-amants » en application de l'art. 276, compte tenu notamment des lacunes évidentes dans la demande d'autorisation de M. Goldfinch visant la présentation de cette preuve. Qui plus est, l'admission injustifiée de cet élément de preuve à des fins générales de mise en « contexte » a mené à un élargissement important et hautement préjudiciable de la preuve concernant

Mr. Goldfinch’s acquittal. I would therefore dismiss the appeal.

II. Facts and Decisions Below

[85] My colleague Justice Karakatsanis has summarized the facts and decisions below in her reasons, and I see no need to replicate her work. I will therefore proceed directly to the issues on appeal.

III. Issues

[86] This appeal raises two issues:

- (1) Did the trial judge err in admitting under s. 276 evidence of the sexual nature of Mr. Goldfinch’s relationship with the complainant at the time of the alleged sexual assault?
- (2) If so, could this error reasonably be thought to have had a material bearing on Mr. Goldfinch’s acquittal such that a new trial is warranted?

IV. Analysis

[87] Before commencing my analysis, I would point out that my colleague Karakatsanis J. and I align on many if not most of the core principles governing the s. 276 regime. The main point that separates us is that while my colleague concludes that the sexual activity evidence in question — the existence of a “friends with benefits” relationship — is categorically barred from being admitted under s. 276, I take a more nuanced approach. In particular, as I will explain at paras. 121-125 of these reasons, I would leave open the question of whether the presiding judge at the new trial might, if presented with a properly framed s. 276.1 application, admit the evidence after applying the test and weighing the factors set out in s. 276(2) and (3). Having foreshadowed these points, I turn to my analysis.

une activité sexuelle présentée au procès, ce qui, à mon avis, pourrait raisonnablement avoir eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de M. Goldfinch. Je rejetterais donc le pourvoi.

II. Faits et décisions des juridictions inférieures

[85] Ma collègue la juge Karakatsanis résume les faits et les décisions des juridictions inférieures dans ses motifs, et je ne vois pas la nécessité de les exposer à mon tour. Je passerai donc directement aux questions soulevées dans le présent pourvoi.

III. Questions en litige

[86] Le présent pourvoi soulève deux questions :

- (1) La juge du procès a-t-elle commis une erreur en admettant en vertu de l’art. 276 la preuve relative au caractère sexuel de la relation qu’entretenaient M. Goldfinch et la plaignante au moment où l’agression sexuelle aurait été commise?
- (2) Dans l’affirmative, peut-on raisonnablement penser que cette erreur a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de M. Goldfinch, de sorte que la tenue d’un nouveau procès est justifiée?

IV. Analyse

[87] Avant de commencer mon analyse, j’aimerais souligner que ma collègue la juge Karakatsanis et moi-même nous entendons sur plusieurs, voire la plupart, des principes essentiels régissant le régime établi par l’art. 276. Le principal point qui nous divise est que ma collègue conclut que la preuve en question concernant une activité sexuelle — l’existence d’une relation « amis-amants » — ne peut absolument pas être admise sous le régime de l’art. 276, alors que j’adopte une approche plus nuancée. Plus particulièrement, comme je l’explique aux par. 121-125 des présents motifs, je ne trancherais pas la question de savoir si le juge qui préside l’audience lors du nouveau procès, dans le cas où une demande dûment formulée conformément à l’art. 276.1 lui est présentée, admettrait la preuve après avoir appliqué le critère et soupesé les facteurs énoncés aux par. 276(2) et (3). Ces précisions étant apportées, je procéderai maintenant à l’analyse.

A. Overview of the Section 276 Regime⁹

[88] Section 276 of the *Code* governs the admissibility of evidence of the complainant’s sexual activity other than that which forms the subject-matter of the charge. In these reasons, I will refer to such evidence simply as “sexual activity evidence”.¹⁰ As I will explain, the various components of the s. 276 regime work in harmony to root out stereotypical and discriminatory reasoning and preserve the integrity of the trial process.

[89] Section 276(1) reads:

Evidence of complainant’s sexual activity

276 (1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 153.1, 155 or 159, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

(a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or

(b) is less worthy of belief.

[90] Stated succinctly, this provision prohibits the use of sexual activity evidence to support one of the twin myths identified by this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. In doing so, it gives effect to the principle that these myths “are simply not relevant at trial” and “can severely distort the trial process” (*R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at para. 33). Accordingly, if the sole purpose for which sexual activity evidence is being proffered is

⁹ On December 13, 2018, various amendments to the s. 276 regime came into force. These reasons deal with the s. 276 regime as it existed before that date.

¹⁰ This type of evidence is often referred to as “prior sexual history evidence”. However, I will use the phrase “sexual activity evidence” in these reasons to reflect the fact that such evidence can also relate to sexual activity that is ongoing or takes place *after* the alleged offence.

A. Aperçu du régime établi par l’art. 276¹⁰

[88] L’article 276 du *Code* régit l’admissibilité de la preuve concernant une activité sexuelle de la plaignante autre que celle à l’origine de l’accusation en cause. Dans les présents motifs, je désignerai simplement cette preuve sous le nom de « preuve concernant une activité sexuelle »¹¹. Comme je vais l’expliquer, les différents éléments du régime établi par l’art. 276 s’harmonisent de façon à écarter tout raisonnement stéréotypé et discriminatoire et à préserver l’intégrité du procès.

[89] Le paragraphe 276(1) se lit comme suit :

Preuve concernant le comportement sexuel du plaignant

276 (1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 153.1, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l’accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu’il est :

a) soit plus susceptible d’avoir consenti à l’activité à l’origine de l’accusation;

b) soit moins digne de foi.

[90] En résumé, cette disposition interdit l’utilisation d’une preuve concernant une activité sexuelle à l’appui de l’un des deux mythes décrits par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Ce faisant, elle donne effet au principe selon lequel ces mythes « ne sont simplement pas pertinents au procès » et « peuvent dénaturer gravement le procès » (*R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 33). Par conséquent, si la preuve concernant une

¹⁰ Le 13 décembre 2018, diverses modifications au régime établi par l’art. 276 sont entrées en vigueur. Les présents motifs portent sur le régime établi par l’art. 276 tel qu’il existait avant cette date.

¹¹ Ce type de preuve est souvent appelée « preuve concernant un comportement sexuel antérieur ». Cependant, j’utiliserai l’expression « preuve concernant une activité sexuelle » dans les présents motifs afin de rendre compte du fait qu’une telle preuve peut également viser une activité sexuelle dans le cadre d’une relation en cours au moment de l’infraction alléguée ou une activité sexuelle *postérieure* à celle-ci.

to support either of the twin myths, it will be ruled inadmissible under s. 276(1) — it is as simple as that.

[91] But that does not mean sexual activity evidence will *always* be ruled inadmissible. Where the accused can identify a legitimate purpose for introducing the evidence — one that does not involve twin-myth reasoning — admission remains a possibility. In this regard, s. 276(2) provides that while sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused is presumptively inadmissible, regardless of the purpose for which it is proffered, such evidence may be admitted where it satisfies a three-part test:

Conditions for admissibility

276 (2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

- (a) is of specific instances of sexual activity;
- (b) is relevant to an issue at trial; and
- (c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

[92] In undertaking the analysis required by s. 276(2), the trial judge tasked with making a ruling on admissibility must take into account the factors listed in s. 276(3):

- (a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;
- (b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

activité sexuelle n'est présentée que pour étayer l'un des deux mythes, elle sera jugée inadmissible en application du par. 276(1) — c'est aussi simple que cela.

[91] Toutefois, cela ne veut pas dire que la preuve concernant une activité sexuelle sera *toujours* jugée inadmissible. Si l'accusé peut indiquer une fin légitime justifiant la présentation de la preuve — une qui ne repose pas sur un raisonnement fondé les deux mythes — il est possible que celle-ci soit admise. À cet égard, le par. 276(2) dispose que, bien que la preuve concernant une activité sexuelle présentée par l'accusé ou son représentant soit présumée inadmissible, peu importe la fin à laquelle elle est présentée, elle peut être admise si elle respecte le test en trois volets suivant :

Conditions de l'admissibilité

276 (2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois :

- a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;
- b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;
- c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

[92] Lorsqu'il procède à l'analyse que commande le par. 276(2), le juge du procès à qui il incombe de décider de l'admissibilité de la preuve doit prendre en considération les facteurs énumérés au par. 276(3) :

- a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;
- b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant.

[93] Thus, sexual activity evidence adduced by or on behalf of the accused that could potentially implicate one of the twin myths may nonetheless be admitted for a separate, legitimate purpose where it satisfies the test set out in s. 276(2) and (3).

[94] But before sexual activity evidence can be admitted under s. 276(2), the accused must file an application under s. 276.1. This application must be made in writing and must set out (a) “detailed particulars of the evidence that the accused seeks to adduce” and (b) “the relevance of that evidence to an issue at trial” (s. 276.1(2)). Where the judge is satisfied that (a) the application was made in accordance with s. 276.1(2), (b) certain filing requirements have been met, and (c) the evidence sought to be adduced is capable of being admissible under s. 276(2), then he or she shall hold a *voir dire* — held outside the presence of the jury and the public — to determine whether the evidence is admissible under s. 276(2) (s. 276.1(4)). However, if the judge is *not* satisfied that each of these three requirements has been met (e.g., the written application is deficient), then he or she may dismiss the application without more. Thus, for example, where a written application under s. 276.1 does not satisfy the judge that the evidence sought to be adduced is relevant to an issue at trial, it can be dismissed without holding a *voir*

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

d) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce.

[93] Par conséquent, toute preuve concernant une activité sexuelle présentée par l'accusé ou son représentant qui est susceptible d'être liée à l'un des deux mythes pourrait néanmoins être admise si elle vise une fin distincte et légitime qui satisfait au critère énoncé aux par. 276(2) et (3).

[94] Or, avant qu'une preuve concernant une activité sexuelle puisse être admise au titre du par. 276(2), l'accusé doit déposer une demande fondée sur l'art. 276.1. Cette demande doit être formulée par écrit et énoncer a) « toutes précisions au sujet de la preuve en cause » et b) « le rapport de celle-ci avec un élément de la cause » (par. 276.1(2)). Une fois convaincu a) que la demande a été établie conformément au par. 276.1(2), b) que certaines exigences en matière de dépôt ont été respectées, et c) qu'il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible en application du par. 276(2), le juge tient un *voir-dire* — duquel sont exclus le jury et le public — afin de décider de l'admissibilité de la preuve en application du par. 276(2) (par. 276.1(4)). Toutefois, si le juge *n'est pas* convaincu que chacune de ces trois exigences est respectée (p. ex., la demande écrite présente des lacunes), il peut tout simplement rejeter la demande. Par exemple, si une demande écrite fondée sur l'art. 276.1 ne convainc pas le juge que la preuve que l'accusé cherche à présenter est en rapport avec un élément de la cause, le juge peut la rejeter sans tenir de *voir-dire*. Bien que

dire. While the parties in this case have not focused their submissions on the s. 276.1 requirements, these requirements, and the consequences for failing to meet them, should be kept in mind going forward.

[95] If the accused's written application survives scrutiny, then the process moves to the *voir dire* stage and the court's attention shifts to s. 276(2). In my view, to satisfy the relevance requirement under s. 276(2)(b), the accused must demonstrate that the evidence goes to a legitimate aspect of his defence and is integral to his ability to make full answer and defence. This requires that the accused be able to identify specific facts or issues relating to his defence that can be properly understood and resolved by the trier of fact only if reference is made to the sexual activity evidence in question. In articulating these specific facts or issues, simply citing the need to provide greater "context" or a fuller "narrative" will not suffice. Indeed, if this were enough to justify the admission of sexual activity evidence, then the s. 276 regime would be reduced to a mere statutory speed bump along the way to admission.

[96] Furthermore, the requirement that the evidence be "integral" to the accused's ability to make full answer and defence means that even if the evidence can be linked to specific facts or issues relating to the accused's defence, admission is not guaranteed. There may be cases in which the evidence, while relevant to specific facts or issues relating to the accused's defence, bears only marginally on it. In such cases, the trial judge may, in his or her discretion, exclude the evidence on the basis that countervailing considerations, such as the need to protect the privacy rights and dignity of the complainant, outweigh the tenuous connection the evidence has to the accused's ability to make full answer and defence.

[97] With these points in mind, when applying this regime, trial judges must take a careful, rigorous approach — one that recognizes and protects against the risks that accompany sexual activity evidence. The statutory requirements set out in s. 276(2) are

les parties en l'espèce n'aient pas axé leurs observations sur les exigences de l'art. 276.1, il convient de garder à l'esprit ces exigences et les conséquences de leur non-respect.

[95] Si la demande écrite de l'accusé résiste à l'examen, l'instance passe alors à l'étape du *voir-dire* et l'attention du tribunal se dirige vers le par. 276(2). À mon avis, pour satisfaire au critère de la pertinence au titre de l'al. 276(2)(b), l'accusé doit démontrer que cette preuve s'attache à un aspect légitime de sa défense et qu'elle est essentielle à sa capacité de présenter une défense pleine et entière. Pour cela, l'accusé doit pouvoir cerner les questions ou faits précis liés à sa défense que le juge des faits ne pourrait résoudre ou comprendre adéquatement que s'il est fait référence à la preuve en cause concernant une activité sexuelle. Au moment de formuler ces questions ou faits précis, l'accusé ne pourra se contenter de faire valoir la nécessité d'une mise en « contexte » plus générale ou d'un « récit » plus détaillé. En fait, si un tel argument suffisait pour justifier l'admission d'une preuve concernant une activité sexuelle, alors le régime établi par l'art. 276 ne serait rien de plus qu'un dos d'âne législatif sur le chemin de l'admission.

[96] Par ailleurs, l'exigence voulant que la preuve soit « essentielle » à la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière signifie que, même s'il est possible de rattacher la preuve à des questions ou faits précis liés à la défense de l'accusé, son admission n'est pas garantie. Il peut y avoir des cas où la preuve, bien qu'elle soit en rapport avec des questions ou faits précis liés à la défense de l'accusé, n'a que peu d'incidence sur celle-ci. En pareils cas, le juge du procès peut, à sa discrétion, exclure la preuve au motif que des considérations faisant contrepoids, telles que la nécessité de protéger le droit à la vie privée et la dignité de la plaignante, l'emportent sur le lien ténu qui existe entre la preuve et la capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

[97] Gardant ces points à l'esprit, j'estime que lorsqu'il applique ce régime, le juge du procès doit adopter une approche prudente et rigoureuse — une approche qui tient compte des risques allant de pair avec la preuve concernant une activité sexuelle et qui

designed to ensure that any admissible sexual activity evidence is limited in scope and that its legitimate purpose is identified and weighed against countervailing considerations. A careful application of these requirements is essential to the integrity of the trial process.

[98] The integrity of the trial process can be further protected by adopting certain best practices for communicating general relationship evidence, such as the kind sought to be adduced in this case, after an admissibility ruling has been made. As the Attorney General of Ontario (“AGO”) suggested in its intervenor submissions before this Court, where general relationship evidence is ruled admissible under s. 276(2), the parties should reduce that evidence to a clear and concise agreed statement of facts prior to trial. This statement would ensure that the evidence elicited at trial does not stray beyond the parameters of the trial judge’s ruling. Alternatively, the trial judge has the discretion to permit Crown and defence counsel to lead the complainant and the accused respectively through an accurate description of their relationship. These simple, prudent practices can go a long way to ensuring the scope of sexual activity evidence elicited at trial goes no further than necessary, thereby safeguarding the privacy rights and dignity of the complainant, preserving the integrity of the trial process, and promoting the search for truth.

[99] Furthermore, where sexual activity evidence has been ruled admissible under s. 276(2), all trial participants — including the trial judge, Crown and defence counsel, and witnesses — must hew to the specific, legitimate purpose for which the evidence has been admitted, without expanding the scope of the ruling or using the admissible evidence for inadmissible purposes. Any new bases for admissibility that emerge during the course of the trial should be the subject of a fresh s. 276 application. And when sexual activity evidence is ultimately elicited at trial, it should be followed swiftly by a mid-trial limiting

assure une protection contre de tels risques. Les exigences énoncées au par. 276(2) visent à ce que toute preuve admissible concernant une activité sexuelle ait une portée limitée et que la fin légitime qu’elle vise soit précisée et soupesée au regard de considérations faisant contrepoids. L’application consciencieuse de ces exigences est essentielle à l’intégrité du procès.

[98] L’intégrité du procès peut également être protégée par l’adoption de certaines pratiques exemplaires relatives à la communication de la preuve générale d’une relation, comme celle que l’accusé cherche à présenter en l’espèce, une fois que la décision concernant l’admissibilité a été rendue. Comme la procureure générale de l’Ontario (« PGO ») l’a suggéré dans les observations qu’elle a présentées à notre Cour en sa qualité d’intervenante, lorsque la preuve générale d’une relation est jugée admissible en application du par. 276(2), les parties devraient la présenter avant le procès sous la forme d’un exposé conjoint des faits clair et concis. Grâce à cet exposé, la preuve obtenue au procès ne s’écarterait pas des paramètres établis par le juge du procès dans sa décision. Par ailleurs, le juge du procès peut, à sa discrétion, permettre aux avocats de la poursuite et de la défense d’amener la plaignante et l’accusé à donner, respectivement, une description précise de leur relation. Ces pratiques simples et prudentes peuvent grandement contribuer à ce que la preuve concernant une activité sexuelle obtenue au procès se limite à ce qui est nécessaire, ce qui protège le droit à la vie privée et la dignité de la plaignante, préserve l’intégrité du procès et favorise la recherche de la vérité.

[99] De plus, lorsqu’une preuve concernant une activité sexuelle est jugée admissible en application du par. 276(2), tous les participants au procès — y compris le juge, les avocats de la poursuite et de la défense, et les témoins — doivent s’en tenir à la fin précise et légitime pour laquelle la preuve a été admise, sans élargir la portée de la décision ou utiliser la preuve admissible à des fins inadmissibles. Tout nouveau motif militant en faveur de l’admissibilité soulevé pendant le procès devrait faire l’objet d’une nouvelle demande fondée sur l’art. 276. Et lorsqu’une preuve concernant une activité sexuelle

instruction to the jury that identifies both the permissible and impermissible uses of the evidence. This instruction should be reinforced by a final jury instruction. In short, everyone must get crystal clear — and *remain* crystal clear — about why the evidence is being admitted.

[100] With these principles in mind, I will now consider whether the trial judge in this case erred in admitting the “friends with benefits” evidence under s. 276.

B. *Application of Section 276*

[101] The determination of whether sexual activity evidence is admissible under s. 276 raises a question of law (see s. 276.5). A ruling on this matter is therefore reviewable on a standard of correctness. To determine whether the trial judge erred in this case, we must consider the facts as known to her at the time of the *voir dire*.

[102] In his affidavit filed in support of his application under s. 276.1, Mr. Goldfinch stated that after their breakup, he and the complainant would “get together at [his] residence . . . to have sexual intercourse”. He also noted that they “both referred to this relationship as a ‘friend’s [*sic*] with benefits’ arrangement” (A.R., vol. I, at p. 5). At the s. 276.2 *voir dire*, Mr. Goldfinch argued that evidence of the sexual nature of their relationship was necessary to “provide proper context” and “to avoid leaving the jury with the erroneous impression that after the complainant and [he] ceased living together they maintained a purely platonic friendship” (A.R., vol. I, at p. 5).

[103] In conducting the s. 276.2 *voir dire*,¹¹ the trial judge was required to first consider s. 276(1) and then ask whether, in light of the bases for admission

¹¹ As will become apparent, I consider it doubtful that Mr. Goldfinch’s application would have met the relevance test under s. 276.1 (see para. 94 above). But that issue was not raised on appeal.

est finalement présentée au procès, elle doit être rapidement suivie d’une directive restrictive en cours de procès indiquant au jury les utilisations qu’il peut ou non en faire. Cette directive devrait être confirmée par les directives finales au jury. Bref, tout le monde doit comprendre de façon parfaitement claire — et *en tout temps* — pourquoi la preuve est admise.

[100] En gardant ces principes à l’esprit, j’examinerai maintenant la question de savoir si la juge du procès a, en l’espèce, commis une erreur en admettant la preuve de la relation « amis-amants » en application de l’art. 276.

B. *Application de l’art. 276*

[101] La décision quant à l’admissibilité d’une preuve concernant une activité sexuelle en application de l’art. 276 soulève une question de droit (voir l’art. 276.5). Toute décision sur le sujet est donc susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte. Pour établir si la juge du procès a commis une erreur en l’espèce, nous devons examiner les faits dont elle avait connaissance au moment du voir-dire.

[102] Dans l’affidavit qu’il a déposé à l’appui de sa demande fondée sur l’art. 276.1, M. Goldfinch a déclaré qu’après leur rupture, la plaignante et lui [TRANSDUCTION] « se rencontraient chez lui [. . .] pour avoir des relations sexuelles ». Il a également mentionné qu’ils « qualifiaient tous deux cette relation d’entente “amis-amants” » (d.a., vol. I, p. 5). Lors du voir-dire tenu en application de l’art. 276.2, M. Goldfinch a soutenu que la preuve du caractère sexuel de la relation qu’il entretenait avec la plaignante était nécessaire pour que cette relation soit placée « dans le bon contexte » et « pour éviter que le jury ait la fausse impression que, après la fin de leur cohabitation, la plaignante et [lui] avaient entretenu une relation d’amitié purement platonique » (d.a., vol. I, p. 5).

[103] Lors du voir-dire mené en application de l’art. 276.2¹², la juge du procès devait d’abord examiner le par. 276(1) et se demander ensuite si, à la lu-

¹² Comme je l’expliquerai plus loin, je doute que la demande de M. Goldfinch aurait satisfait au critère de la pertinence prévu à l’art. 276.1 (voir par. 94). Cette question n’a toutefois pas été soulevée en appel.

set out in Mr. Goldfinch’s application, the proposed evidence satisfied the three requirements set out in s. 276(2), taking into account the factors listed in s. 276(3). I will consider and apply these provisions in turn, keeping in mind that the analysis must remain fixed at the time of the *voir dire*.

[104] Before commencing this analysis, I note that the relationship evidence sought to be adduced in this case — evidence of a “friends with benefits” relationship involving occasional sex — directly implicates sexual activity and is therefore subject to the s. 276 regime. Whether general evidence of categories of relationships that *may or may not* involve sexual activity — such as marriage, dating, etc. — might also engage s. 276 is not before the Court. I would therefore leave that issue for another day. That said, without finally deciding the matter, I am inclined to the view that such evidence would not, without more, engage s. 276, as it does not amount to “evidence that the complainant has engaged in sexual activity” (s. 276(1) and (2)). Of course, if the accused were to seek to go into details about the relationship revealing that the complainant has engaged in sexual activity — for example, evidence that the accused and the complainant were in a spousal relationship *involving regular sex* (see *R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351) — then that evidence would have to pass through the s. 276 filter.

(1) Section 276(1)

[105] As indicated, under s. 276(1), sexual activity evidence cannot be admitted to support the inference that, by reason of the sexual nature of the activity, the complainant was more likely to have consented to the sexual activity forming the subject-matter of the charge or is less worthy of belief.

[106] In this case, as I have explained, Mr. Goldfinch sought to tender evidence that at the time of the alleged sexual assault, he and the complainant

mière des motifs en vue de l’admission énoncés dans la demande de M. Goldfinch, la preuve que ce dernier cherchait à présenter respectait les trois exigences du par. 276(2), eu égard aux facteurs du par. 276(3). J’examinerai et appliquerai ces dispositions tour à tour, tout en gardant à l’esprit que l’analyse doit se limiter aux faits connus à la date du voir-dire.

[104] Avant de commencer mon analyse, je constate que la preuve de la relation que l’accusé cherche à présenter en l’espèce — la preuve d’une relation « amis-amants » comportant des relations sexuelles occasionnelles — implique directement des activités sexuelles et est donc assujettie au régime établi par l’art. 276. La Cour n’est pas appelée à trancher la question de savoir si la preuve générale de certains types de relations qui *peuvent ou non* comporter des activités sexuelles — comme le mariage, les fréquentations, etc. — est aussi susceptible de faire intervenir l’art. 276. Il vaut mieux remettre l’examen de cette question à une autre occasion. Cela dit, sans trancher l’affaire de façon définitive, je suis porté à croire qu’une telle preuve ne ferait pas, sans plus, intervenir l’art. 276, puisqu’elle n’équivaut pas à une « preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle » (par. 276(1) et (2)). Évidemment, si l’accusé cherchait à entrer dans les détails concernant la relation, lesquels révéleraient que la plaignante a eu une activité sexuelle — par exemple, une preuve établissant que l’accusé et la plaignante étaient unis par une relation conjugale *comportant des relations sexuelles régulières* (voir *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351) — la preuve devrait passer par le filtre de l’art. 276.

(1) Paragraphe 276(1)

[105] Tel qu’il est indiqué précédemment, aux termes du par. 276(1), la preuve concernant une activité sexuelle est inadmissible pour permettre d’inférer du caractère sexuel de cette activité que la plaignante était plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation ou qu’elle est moins digne de foi.

[106] Dans l’affaire qui nous occupe, comme je l’ai expliqué, M. Goldfinch a demandé l’autorisation de présenter une preuve établissant que, à l’époque

maintained a “friends with benefits” relationship that involved occasional sex. On its face, this evidence could potentially be used to support the first of the twin myths — the myth that because the complainant consented to have sex with Mr. Goldfinch in the past, she was more likely to have consented to the sexual activity forming the subject-matter of the sexual assault charge. However, s. 276(1) takes this potential use off the table. As such, unless Mr. Goldfinch could point to some *legitimate* use of the sexual activity evidence that would justify admission, that evidence was inadmissible. To determine whether a legitimate use justifying admission existed, we must turn to s. 276(2).

(2) Section 276(2)

[107] Section 276(2) provides that in order to be admissible, sexual activity evidence must: (a) be of specific instances of sexual activity; (b) be relevant to an issue at trial; and (c) possess significant probative value that substantially outweighs the danger of prejudice to the proper administration of justice. I will consider and apply these requirements in turn.

(a) *Specific Instances of Sexual Activity*

[108] The first requirement of s. 276(2) is that the evidence “be of specific instances of sexual activity”.

[109] In *L.S.*, the Ontario Court of Appeal considered whether “relationship evidence” could satisfy s. 276(2)(a)’s specificity requirement. In that case, the complainant and the accused were in a spousal relationship. The complainant alleged that the accused sexually assaulted her. The accused applied to introduce evidence of the nature of his relationship with the complainant under s. 276. The affidavit filed in support of his application stated that he and the complainant “were together as a couple for the entire year of 2009” and that they had an “active sex life for that year” in which they “had sex on a regular basis” (para. 53).

de l’agression sexuelle reprochée, la plaignante et lui entretenaient une relation « amis-amants » comportant des relations sexuelles occasionnelles. À première vue, cette preuve pourrait servir à étayer le premier des deux mythes — celui voulant que, parce que la plaignante a déjà consenti à avoir des relations sexuelles avec M. Goldfinch, elle était plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation d’agression sexuelle. Or, le par. 276(1) écarte cette utilisation potentielle. Ainsi, à moins que M. Goldfinch ait pu indiquer une utilisation *légitime* de la preuve concernant une activité sexuelle qui justifierait son admission, celle-ci était inadmissible. Pour établir si une utilisation légitime justifiait l’admission de la preuve, nous devons examiner le par. 276(2).

(2) Paragraphe 276(2)

[107] Le paragraphe 276(2) dispose que, pour être admissible, la preuve concernant une activité sexuelle doit : a) porter sur des cas particuliers d’activité sexuelle; b) être en rapport avec un élément de la cause; et c) avoir une valeur probante qui l’emporte sensiblement sur le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice. J’examinerai et appliquerai chacune de ces exigences à tour de rôle.

a) *Cas particuliers d’activité sexuelle*

[108] Le paragraphe 276(2) exige en premier lieu que la preuve « porte sur des cas particuliers d’activité sexuelle ».

[109] Dans l’arrêt *L.S.*, la Cour d’appel de l’Ontario s’est demandé si la « preuve d’une relation » pouvait satisfaire à l’exigence relative aux cas particuliers de l’al. 276(2)a). Dans cette affaire, la plaignante et l’accusé vivaient dans une relation conjugale. La plaignante soutenait que l’accusé l’avait agressée sexuellement. L’accusé a demandé l’autorisation de présenter une preuve établissant la nature de la relation qu’il entretenait avec la plaignante en vertu de l’art. 276. Dans l’affidavit déposé à l’appui de sa demande, il a déclaré que la plaignante et lui [TRADUCTION] « avaient formé un couple pendant toute l’année 2009 » et que « pendant cette année, ils avaient eu une vie sexuelle active », c’est-à-dire qu’ils « avaient eu régulièrement des relations sexuelles » (par. 53).

[110] Justice Doherty, writing for a unanimous panel, held that despite the absence of specific features of the sexual activity or individualized instances of sexual activity in the accused's affidavit, the evidence nonetheless satisfied the "specific instances" requirement under s. 276(2)(a). He reasoned that the content of the "specific instances" requirement is linked to the nature of the evidence sought to be adduced. Where the accused seeks to introduce evidence of an individual instance of sexual activity, he must identify that instance with specificity. By contrast, where the accused seeks to introduce general evidence that describes the nature of the relationship between the accused and the complainant, "the specificity requirement speaks to factors relevant to identifying the relationship and its nature and not to details of specific sexual encounters" (para. 83). These factors will include "the parties to the relationship, the relevant time period, and the nature of the relationship" (para. 83).

[111] I would adopt Doherty J.A.'s interpretation of s. 276(2)(a) insofar as it relates to evidence of the nature of the relationship between the complainant and the accused before, at the time of, and after the sexual activity forming the subject-matter of the charge.

[112] Here, Mr. Goldfinch's affidavit specified the parties to the relationship (himself and the complainant), the relevant time period (subsequent to their breakup in 2012 until the alleged sexual assault in May 2014), and the nature of the relationship ("friends with benefits"). Therefore, the trial judge was correct in her conclusion that Mr. Goldfinch discharged the requirement under s. 276(2)(a) that the evidence be of specific instances of sexual activity.

(b) *Relevant to an Issue at Trial*

[113] The second requirement of s. 276(2) is that the evidence be "relevant to an issue at trial". To fulfill this requirement, the accused must "establish a connection between the complainant's sexual history and the accused's defence" (*Darrach*, at para. 56).

[110] Le juge Doherty, s'exprimant au nom d'une formation unanime, a conclu que, même si l'affidavit de l'accusé ne faisait mention d'aucune caractéristique particulière de l'activité sexuelle ou de cas particuliers d'activité sexuelle, la preuve répondait quand même à l'exigence voulant qu'elle porte sur des « cas particuliers » comme le prévoit l'al. 276(2)a). Selon lui, le contenu de cette exigence est lié à la nature de la preuve que l'accusé cherche à présenter. Lorsque celui-ci cherche à présenter la preuve d'un cas particulier d'activité sexuelle, il doit décrire ce cas avec précision. Par contre, lorsque l'accusé cherche à présenter une preuve générale qui décrit la nature de la relation entre lui et la plaignante, [TRADUCTION] « l'exigence relative aux cas particuliers renvoie aux facteurs permettant de définir la relation et sa nature et non aux détails des rapports sexuels particuliers » (par. 83). Ces facteurs comprennent notamment « les parties à la relation, la période pertinente et la nature de la relation » (par. 83).

[111] Je ferais mienne l'interprétation que donne le juge Doherty à l'al. 276(2)a) dans la mesure où elle s'applique à la preuve établissant la nature de la relation qu'entretenaient la plaignante et l'accusé avant, pendant et après l'activité sexuelle à l'origine de l'accusation.

[112] En l'espèce, l'affidavit de M. Goldfinch précisait qui étaient les parties à la relation (lui-même et la plaignante), la période pertinente (de leur rupture en 2012 jusqu'à l'agression sexuelle qui aurait eu lieu en mai 2014) et la nature de la relation (« amis-amants »). Par conséquent, la juge du procès a eu raison de conclure que M. Goldfinch avait satisfait à l'exigence de démontrer que la preuve portait sur des cas particuliers d'activité sexuelle comme le prévoit l'al. 276(2)a).

b) *Rapport avec un élément de la cause*

[113] Le paragraphe 276(2) exige en second lieu que la preuve soit « en rapport avec un élément de la cause ». Pour satisfaire à cette exigence, l'accusé doit « établir l'existence d'un lien entre le comportement sexuel antérieur de la plaignante et le moyen de défense invoqué par l'accusé » (*Darrach*, par. 56).

[114] Here, Mr. Goldfinch argued that the threshold for relevance was met because the “friends with benefits” evidence: (1) was necessary to avoid an erroneous misapprehension on the part of the jury that he and the complainant were platonic friends at the time of the alleged sexual assault; and (2) provided “context” to the issues at trial. I will consider each argument in turn.

[115] By way of background, at the *voir dire* stage, Crown counsel proposed a statement of facts that did not include the existence of a “friends with benefits” relationship between Mr. Goldfinch and the complainant. Instead, the proposed statement of facts stated that Mr. Goldfinch and the complainant had previously been in a romantic relationship for seven or eight months, during which time they lived together. It further stated that they were friends at the time of the events in question and the complainant sometimes spent the night at Mr. Goldfinch’s residence.

[116] The problem with the first rationale advanced by Mr. Goldfinch is that it does not explain *why* it would be necessary to correct any potential “misapprehension” as to the sexual nature of his relationship with the complainant. A judge reviewing Mr. Goldfinch’s application might legitimately conclude that the “friends with benefits” evidence was being proffered solely to inform the jury that the two were occasionally engaging in sexual intercourse during the relevant time frame, and to potentially support the impermissible inference that it was more likely that the complainant consented on the night in question. If this was the sole reason for which the defence sought to correct the supposed “misapprehension”, then the evidence was inadmissible by virtue of s. 276(1). Assuming, however, that there *may* have been a legitimate reason to correct any potential “misapprehension” on the part of the jury, Mr. Goldfinch’s application did not identify one.

[117] As for the second rationale, Mr. Goldfinch argued that the sexual activity evidence was relevant to his defence because it provided “context” to the events that formed the subject-matter of the sexual

[114] En l’espèce, M. Goldfinch soutient que le critère de la pertinence est respecté parce que la preuve de la relation « amis-amants » : (1) était nécessaire pour éviter que le jury croit, en raison d’une interprétation erronée, que la plaignante et lui entretenaient une relation platonique au moment de l’agression sexuelle reprochée; et (2) mettait en « contexte » les éléments de la cause. Je vais examiner chacun de ces arguments tour à tour.

[115] À titre indicatif, la procureure de la Couronne, lors du voir-dire, a présenté un exposé des faits qui ne faisait pas mention de l’existence d’une relation « amis-amants » entre M. Goldfinch et la plaignante. Il y était plutôt mentionné que M. Goldfinch et la plaignante avaient entretenu une relation amoureuse pendant sept ou huit mois et qu’à cette époque, ils vivaient ensemble. Il y était également mentionné qu’ils étaient amis au moment des événements en cause et que la plaignante passait parfois la nuit chez M. Goldfinch.

[116] Le problème que pose la première justification avancée par M. Goldfinch est qu’il n’explique pas *pourquoi* il serait nécessaire que soit corrigée toute « interprétation erronée » éventuelle quant au caractère sexuel de sa relation avec la plaignante. Un juge qui examine la demande de M. Goldfinch pourrait en toute légitimité conclure que la preuve de la relation « amis-amants » a été présentée seulement pour informer le jury que, pendant la période pertinente, l’accusé et la plaignante avaient occasionnellement eu des relations sexuelles, et pour possiblement étayer l’inférence interdite que la plaignante était plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle le soir en question. S’il s’agit de l’unique raison pour laquelle la défense cherchait à corriger la soi-disant « interprétation erronée », il s’ensuit que la preuve était inadmissible en application du par. 276(1). À supposer, cependant, qu’il *puisse* y avoir eu une raison légitime pour laquelle toute « interprétation erronée » éventuelle de la part du jury aurait dû être corrigée, la demande de M. Goldfinch n’en mentionnait aucune.

[117] Comme seconde justification, M. Goldfinch a fait valoir que la preuve concernant une activité sexuelle était pertinente pour assurer sa défense parce qu’elle mettait en « contexte » l’activité à l’origine de

assault charge. The trial judge described the existence of an ongoing sexual relationship between the complainant and Mr. Goldfinch as a “background piece of evidence” that the jurors could use when assessing the conflicting direct evidence “as to whether or not the complainant did consent to the events in question” (A.R., vol. I, at p. 9).

[118] In my view, this line of reasoning paints with too broad a brushstroke. While it is true in every case that the existence of a “friends with benefits” relationship between the complainant and the accused provides “context” to the events at issue, neither Mr. Goldfinch’s vaguely drafted affidavit nor his arguments at the *voir dire* stage specified the precise inference he wanted the jury to draw from that “context”. Put differently, he failed to identify a specific, legitimate purpose for putting the “friends with benefits” evidence before the jury — he did not link the evidence to specific facts or issues relating to his defence that could be properly understood and resolved only if reference could be made to the “friends with benefits” evidence.

[119] Where sexual activity evidence is concerned, the failure to identify the explicit link between the evidence and specific facts or issues relating to the accused’s defence can result in twin-myth reasoning slipping into the courtroom in the guise of “context”. For example, there is a risk that sexual activity evidence may be used, whether consciously or not, to “contextualize” a complainant’s testimony that she did not consent to the sexual activity in question through twin-myth reasoning: because the complainant consented in the past (the “context”), it is more likely that she consented this time as well. This is, of course, precisely the sort of stereotypical reasoning s. 276(1) sought to banish from the courtroom. Yet without a clear and precise identification of the specific purpose for which sexual activity evidence is sought to be introduced, this sort of reasoning can all too easily infiltrate the courtroom through the Trojan horse of “context”.

l’accusation d’agression sexuelle. La juge du procès a qualifié l’existence de la relation continue à caractère sexuel entre la plaignante et M. Goldfinch [TRADUCTION] d’« élément de preuve contextuel » que les jurés pouvaient utiliser pour évaluer les éléments de preuve directs et contradictoires portant sur « la question de savoir si la plaignante avait consenti à l’activité en cause » (d.a., vol. I, p. 9).

[118] Selon moi, ce raisonnement ratisse trop large. Bien qu’il soit vrai dans tous les cas que l’existence d’une relation « amis-amants » entre la plaignante et l’accusé mette en « contexte » les événements en cause, en l’espèce, ni l’affidavit de M. Goldfinch, rédigé en termes vagues, ni les arguments qu’il a fait valoir à l’étape du voir-dire n’indiquaient l’inference précise qu’il souhaitait que le jury tire de ce « contexte ». Autrement dit, il a omis d’invoquer une fin légitime précise pour laquelle il voulait présenter la preuve de la relation « amis-amants » au jury — il n’a établi aucun lien entre la preuve et des questions ou faits précis liés à sa défense dont la compréhension ou la résolution nécessitait qu’il soit fait référence à la preuve de la relation « amis-amants ».

[119] Lorsqu’il est question d’une preuve concernant une activité sexuelle, l’omission de préciser le lien explicite entre la preuve et des questions ou faits précis liés à la défense de l’accusé peut aboutir à un raisonnement fondé sur les deux mythes qui se glisserait dans la salle d’audience en tant qu’élément de « contexte ». À titre d’exemple, il existe un risque que la preuve concernant une activité sexuelle soit utilisée, consciemment ou non, pour « mettre en contexte » le témoignage d’une plaignante selon lequel elle n’a pas consenti à l’activité sexuelle en cause au moyen d’un raisonnement fondé sur les deux mythes : comme la plaignante a consenti à une telle activité par le passé (le « contexte »), elle est plus susceptible d’y avoir consenti cette fois-ci. Il s’agit, à l’évidence, précisément du type de raisonnement stéréotypé que le par. 276(1) est censé bannir des salles d’audience. Or, sans indication claire et précise concernant la fin particulière pour laquelle une partie cherche à présenter une preuve concernant une activité sexuelle, ce type de raisonnement peut beaucoup trop facilement s’introduire dans les salles d’audience en utilisant le « contexte » comme cheval de Troie.

[120] In sum, the “context” rationale offered by Mr. Goldfinch was insufficient to satisfy s. 276(2)(b). In my respectful view, any conclusion to the contrary would open the door to the admission of sexual activity evidence in every case where the complainant and the accused were in a previous or ongoing sexual relationship, so long as the accused cites the need for greater “context” in his application. This cannot have been Parliament’s intent. The words “context” and “narrative” do not, in my view, offer the accused a means of bypassing the measured analysis required by s. 276.

[121] Thus, the key flaw in Mr. Goldfinch’s application was his failure to identify specific facts or issues relating to his defence that could be properly understood and resolved by the trier of fact only if reference was made to the “friends with benefits” evidence. Some discussion of what I mean by “specific facts or issues relating to [the accused’s] defence” may prove helpful. As I will develop, without reaching any final decision on the matter, I note that in this case there was at least one specific issue that Mr. Goldfinch could have referred to in his application that might have properly supported admission of the “friends with benefits” evidence: the jury’s assessment of Mr. Goldfinch’s testimony that he mouthed the words “I’m going to fuck you” to the complainant shortly before they went downstairs. In discussing this example below, I should not be taken as foreclosing the possibility that additional facts or issues relating to Mr. Goldfinch’s defence may be identified at the new trial that might support the admission of the “friends with benefits” evidence.

[122] When explaining the events leading up to the sexual activity forming the basis of the sexual assault charge, Mr. Goldfinch testified as follows:

Well, we went downstairs, [the complainant] and I. I had asked her to come downstairs with me. Prior to that, we were talking and joking around and everything, getting

[120] En bref, la justification liée au « contexte » invoquée par M. Goldfinch était insuffisante pour satisfaire à l’exigence de l’al. 276(2)b). À mon humble avis, toute conclusion contraire ouvrirait la porte à l’admission d’une preuve concernant une activité sexuelle dans tous les cas où la plaignante et l’accusé ont, ou ont eu, une relation à caractère sexuel, pour autant que l’accusé invoque dans sa demande la nécessité de fournir plus de « contexte ». Le législateur ne peut avoir voulu un tel résultat. J’estime que les mots « contexte » et « récit » ne doivent pas donner à l’accusé un moyen de contourner l’analyse attentive qu’exige l’art. 276.

[121] Par conséquent, le principal problème de la demande de M. Goldfinch tenait au fait qu’il n’a pas invoqué de questions ou faits précis liés à sa défense que le juge des faits aurait pu résoudre ou comprendre adéquatement que s’il était fait référence à la preuve de la relation « amis-amants ». Il peut être utile d’examiner plus attentivement ce que j’entends par « questions ou faits précis liés à la défense [de l’accusé] ». Comme je vais l’expliquer, sans trancher définitivement la question, je constate que, dans la présente affaire, il y avait au moins une question précise que M. Goldfinch aurait pu mentionner dans sa demande et qui était susceptible de justifier adéquatement l’admission de la preuve concernant la relation « amis-amants » : l’appréciation par le jury de son témoignage concernant le fait qu’il aurait articulé en silence à l’intention de la plaignante les mots « je vais te baiser » peu de temps avant qu’ils descendent au sous-sol. Il ne doit pas être inféré de l’examen que je vais maintenant faire de cet exemple que j’empêche la possibilité que des faits ou questions supplémentaires liés à la défense de M. Goldfinch soient invoqués, lors du nouveau procès, à l’appui de l’admission de la preuve concernant la relation « amis-amants ».

[122] Voici ce que M. Goldfinch a déclaré lorsqu’il a expliqué les événements ayant mené à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation d’agression sexuelle :

[TRADUCTION] Eh bien, nous sommes allés au sous-sol, [la plaignante] et moi. Je l’avais invitée à descendre au sous-sol avec moi. Avant cela, nous parlions et faisons des

along very well upstairs . . . and I kind of mouthed to her I'm going to fuck you. And she smiled, gave me a little cute smile back.

(A.R., vol. III, at p. 198)

[123] Evidence that the complainant and Mr. Goldfinch were in a “friends with benefits” relationship at the time of these events may have provided necessary context to aid the jury in assessing Mr. Goldfinch’s testimony that he mouthed the words “I’m going to fuck you” to the complainant. If the jury lacked the knowledge that the two were in a sexual relationship at the time, this statement by Mr. Goldfinch might have seemed bizarre or even menacing. Furthermore, Mr. Goldfinch’s testimony that he made this statement to the complainant may itself have seemed implausible. In this way, withholding the “friends with benefits” evidence from the jury could have led them to make an adverse credibility determination against Mr. Goldfinch that they otherwise would not have made. A jury’s determination of which witnesses to find credible is a holistic exercise that involves assessing the plausibility and coherence of a given witness’s testimony throughout the course of the trial. Withholding the sexual nature of Mr. Goldfinch’s relationship with the complainant could have had an adverse impact on the jury’s assessment of Mr. Goldfinch’s credibility, potentially infringing upon his right to make full answer and defence.

[124] To be clear, however, just as generic references to “context” or “narrative” will not suffice to justify the admission of sexual activity evidence under s. 276(2), bare invocations of “credibility” will not be enough. Credibility is a key issue in almost every sexual assault trial — the centrality of credibility assessments does not, however, allow the accused to bypass the rigours of s. 276. Instead, where credibility is concerned, the accused must identify specific facts or issues that require reference to the sexual activity evidence to be understood and

blagues et ainsi de suite; pendant que nous étions à l’étage, nous nous entendions très bien [...] et je lui ai comme dit à voix basse « je vais te baiser ». Et elle a souri, elle m’a fait un joli petit sourire.

(d.a., vol. III, p. 198)

[123] La preuve que la plaignante et M. Goldfinch entretenaient une relation « amis-amants » au moment où ces événements se sont produits aurait peut-être fourni le contexte nécessaire pour aider le jury à évaluer le témoignage de M. Goldfinch selon lequel il a articulé en silence, à l’intention de la plaignante, les mots « je vais te baiser ». Si le jury ne savait pas que la plaignante et M. Goldfinch entretenaient une relation à caractère sexuel à l’époque, cette déclaration de M. Goldfinch aurait pu leur sembler bizarre et même menaçante. De plus, son témoignage concernant le fait qu’il se soit ainsi adressé à la plaignante aurait pu en lui-même paraître invraisemblable. De cette façon, le fait de priver le jury de la preuve concernant la relation « amis-amants » aurait été susceptible de l’amener à tirer une conclusion défavorable concernant la crédibilité de M. Goldfinch qu’il n’aurait pas autrement tirée. La décision du jury quant à savoir si un témoin est crédible est une démarche globale qui repose sur l’évaluation de la vraisemblance et de la cohérence du témoignage du témoin concerné tout au long du procès. Le fait de priver le jury de la preuve relative au caractère sexuel de la relation de M. Goldfinch avec la plaignante aurait été susceptible d’avoir une incidence négative sur son évaluation de la crédibilité de M. Goldfinch, ce qui aurait potentiellement porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière.

[124] Précisons toutefois qu’il ne suffit pas de mentionner de façon générale le « contexte » ou le « récit » pour justifier l’admission d’une preuve concernant une activité sexuelle en application du par. 276(2), et invoquer simplement la « crédibilité » ne suffit pas non plus. La crédibilité est un enjeu clé dans presque tous les procès pour agression sexuelle — cependant, l’importance de l’appréciation de la crédibilité ne permet pas que l’accusé contourne les exigences de l’art. 276. De fait, lorsque la crédibilité est en jeu, l’accusé doit faire mention

that could have a material impact on a credibility assessment.

[125] Returning to the case at hand, Mr. Goldfinch might have been able to establish a legitimate link between the “friends with benefits” evidence and his credibility by pointing to the need to enable the jury to properly assess his testimony that he mouthed the words “I’m going to fuck you” to the complainant. Had Mr. Goldfinch referenced this aspect of his anticipated testimony in his s. 276 application, the trial judge would have been better equipped to engage in the balancing exercise required by s. 276(2) and (3). Indeed, she may have properly determined that the “friends with benefits” evidence was admissible for the narrow purpose of allowing the jury to assess Mr. Goldfinch’s testimony on this point. She may have further found that the impact on the complainant’s privacy rights and dignity would be limited, as the bare fact that Mr. Goldfinch and the complainant were in a “friends with benefits” relationship at the time of the alleged sexual assault would be unlikely to unduly arouse the jury’s sentiments and would not require a sweeping and prejudicial inquiry into the complainant’s sexual history. She may have also determined that admission of the evidence was necessary to ensure Mr. Goldfinch’s right to make full answer and defence.

[126] Be that as it may, the fact remains that in this case the “friends with benefits” evidence was admitted for a different — and much broader — purpose. It was ushered into the courtroom under the broad banner of “context”, without any identification of the specific facts or issues relating to Mr. Goldfinch’s defence that required reference to this “context” to be properly understood and resolved. In short, Mr. Goldfinch’s application lacked the specificity and precision required to justify admission of the evidence in question.

[127] For these reasons, I conclude that Mr. Goldfinch’s s. 276 application did not satisfy the “relevant

des questions ou faits précis dont la compréhension nécessite qu’il soit fait référence à la preuve concernant une activité sexuelle et qui sont susceptibles d’avoir une incidence importante sur l’évaluation de la crédibilité.

[125] Dans la présente affaire, M. Goldfinch aurait peut-être été en mesure d’établir un lien légitime entre la preuve concernant la relation « amis-amants » et sa crédibilité en faisant ressortir la nécessité de permettre au jury d’évaluer adéquatement son témoignage selon lequel il avait articulé en silence les mots « je vais te baiser » à l’intention de la plaignante. Si M. Goldfinch avait fait mention de cet aspect du témoignage qu’il entendait livrer dans sa demande fondée sur l’art. 276, la juge du procès aurait été plus en mesure d’effectuer la mise en balance qu’exigent les par. 276(2) et (3). De fait, elle aurait pu conclure à juste titre que la preuve concernant la relation « amis-amants » était admissible à seule fin de permettre au jury d’apprécier le témoignage de M. Goldfinch sur ce point. Elle aurait aussi pu conclure que l’incidence sur le droit à la vie privée et la dignité de la plaignante aurait été peu importante, étant donné que le simple fait que M. Goldfinch et la plaignante étaient dans une relation « amis-amants » au moment de l’agression sexuelle reprochée était peu susceptible de susciter abusivement des sentiments négatifs chez le jury et ne nécessiterait pas une enquête exhaustive et préjudiciable concernant le passé sexuel de la plaignante. Peut-être aurait-elle aussi conclu que l’admission de la preuve était nécessaire pour assurer à M. Goldfinch le respect de son droit à une défense pleine et entière.

[126] Quoi qu’il en soit, il n’en demeure pas moins que, en l’espèce, la preuve concernant la relation « amis-amants » a été admise à une autre fin — beaucoup plus générale. Elle a été introduite dans la salle d’audience à titre général de « contexte » sans être associée à des questions ou faits précis concernant la défense de M. Goldfinch dont la compréhension ou la résolution adéquate nécessitait une mise en « contexte ». En bref, la demande de M. Goldfinch n’était pas suffisamment ciblée et précise pour justifier l’admission de la preuve en question.

[127] Pour ces motifs, je conclus que la demande présentée par M. Goldfinch sur le fondement de

to an issue at trial” requirement under s. 276(2)(b). Accordingly, it ought to have been denied.

(c) *Probative Value Versus Potential Prejudicial Effect*

[128] The third requirement of s. 276(2) is that the evidence have “significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice”. As this Court explained in *Darrach*, “[t]he requirement of ‘significant probative value’ serves to exclude evidence of trifling relevance that, even though not used to support the two forbidden inferences, would still endanger the ‘proper administration of justice’” (para. 41).

[129] Evidence that is not relevant under s. 276(2)(b) is necessarily incapable of possessing any probative value, as the concept of probative value presupposes that the evidence bears on a relevant issue. Thus, given my conclusion that the sexual activity evidence in this case was not relevant to an issue at trial based on the application presented to the trial judge, I conclude that the evidence was incapable of satisfying the third requirement under s. 276(2).

[130] That said, in the interest of providing further guidance, I will briefly explain why the lack of specificity in Mr. Goldfinch’s application also adversely impacted the trial judge’s ability to balance the probative value of the evidence against its potential prejudicial effect as required by s. 276(2)(c).

[131] To enable the trial judge to properly assess whether sexual activity evidence sought to be adduced has significant probative value that substantially outweighs its potential prejudicial effect, the accused must situate the evidence within the particular factual matrix of the case at hand. It is only through awareness of specific facts or issues that require the admission of the evidence that the trial judge can determine whether the danger of prejudice to the proper administration of justice presented by

l’art. 276 ne satisfaisait pas à l’exigence que la preuve soit « en rapport avec un élément de la cause » énoncée à l’al. 276(2)b). Elle aurait donc dû être rejetée.

c) *Valeur probante par opposition au risque d’effet préjudiciable*

[128] En troisième lieu, le par. 276(2) exige « que le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de [la] preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante ». Comme l’a expliqué notre Cour dans *Darrach*, « [l]’exigence que la preuve ait une “valeur probante” sert à exclure les éléments de preuve peu pertinents qui, même s’ils ne sont pas utilisés pour étayer les deux déductions interdites, compromettraient néanmoins la “bonne administration de la justice” » (par. 41).

[129] Une preuve qui n’est pas en rapport avec un élément de la cause selon l’al. 276(2)b) est nécessairement dénuée de toute valeur probante, étant donné que le concept de la valeur probante suppose que la preuve se rapporte à un élément de la cause. Ainsi, vu ma conclusion selon laquelle, eu égard à la demande soumise à la juge du procès, la preuve concernant une activité sexuelle présentée en l’espèce n’était pas en rapport avec un élément de la cause, je conclus que cette preuve ne respectait pas la troisième exigence énoncée au par. 276(2).

[130] Cela dit, dans le but de donner des directives plus complètes, je vais brièvement expliquer pourquoi le manque de précision de la demande de M. Goldfinch a aussi nui à la capacité de la juge du procès de mettre en balance la valeur probante de la preuve et le risque d’effet préjudiciable comme l’exige l’al. 276(2)c).

[131] Pour permettre au juge du procès de répondre adéquatement à la question de savoir si la valeur probante de la preuve concernant une activité sexuelle que l’accusé cherche à présenter l’emporte sensiblement sur le risque d’effet préjudiciable, l’accusé doit situer la preuve dans le cadre factuel particulier de l’affaire. Ce n’est qu’en ayant connaissance des questions ou faits précis nécessitant l’admission de la preuve que le juge du procès pourra établir si le risque d’effet préjudiciable à la bonne administration

the evidence is outweighed by its probative value. The trial judge tasked with performing this balancing exercise will not be aided by generic references to “context”, “narrative”, or potential “misapprehensions”; more is needed.

[132] This conclusion is underscored by the fact that the trial judge must consider a number of factors under s. 276(3) when making a determination under s. 276(2). These factors are specific in nature and require that the trial judge be in a position to evaluate the precise impact that the exclusion of the evidence would have on the accused’s ability to make full answer and defence. The accused must provide the trial judge with the necessary tools to perform this inquiry, including a precise and clearly articulated connection between the sexual activity evidence and specific facts or issues relating to his defence. Unfortunately, that was not done here.

(d) *Conclusion on Admissibility*

[133] For these reasons, although Mr. Goldfinch’s application satisfied the “specific instances of sexual activity” requirement under s. 276(2)(a), it satisfied neither the relevance requirement under s. 276(2)(b) nor the balancing exercise required by s. 276(2)(c). As such, it was a legal error for the trial judge to admit the sexual activity evidence under s. 276(2).

[134] In light of this conclusion, it becomes necessary to consider whether the trial judge’s error warrants a new trial.

C. *Whether a New Trial Is Warranted*

[135] Under the test articulated in *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006] 1 S.C.R. 609, an acquittal will be overturned only where the Crown can demonstrate that the trial judge made a legal error that “might reasonably be thought, in the concrete reality of the case at hand, to have had a material bearing on the acquittal” (para. 14). For reasons that follow, I am

de la justice que pose la preuve en question l’emporte sur sa valeur probante. Une mention générale du « contexte », du « récit » ou d’éventuelles « interprétations erronées » n’aidera pas le juge du procès à s’acquitter de la tâche d’effectuer cette opération de mise en balance; il faut plus.

[132] Cette conclusion est mise en évidence par le fait que le juge du procès doit examiner plusieurs facteurs en application du par. 276(3) lorsqu’il prend une décision sur le fondement du par. 276(2). Ces facteurs sont de nature particulière et ils exigent que le juge du procès soit en mesure d’évaluer l’incidence précise que l’exclusion de la preuve aurait sur la capacité de l’accusé de présenter une défense pleine et entière. L’accusé doit mettre à la disposition du juge du procès les outils nécessaires pour procéder à cette vérification et, notamment, lui indiquer quel est le lien particulier — clairement formulé — entre la preuve concernant une activité sexuelle et les questions ou faits précis liés à sa défense. Malheureusement, cela n’a pas été fait en l’espèce.

d) *Conclusion sur l’admissibilité*

[133] Pour les motifs exposés ci-dessus, bien que la demande de M. Goldfinch respectait le critère relatif aux « cas particuliers d’activité sexuelle » prévu à l’al. 276(2)a, elle ne satisfaisait pas à l’exigence de pertinence énoncée à l’al. 276(2)b, et ne passait pas non plus le test de mise en balance qu’exige l’al. 276(2)c. La juge du procès a donc commis une erreur de droit en admettant la preuve concernant une activité sexuelle sur le fondement du par. 276(2).

[134] Compte tenu de cette conclusion, il devient nécessaire de se demander si l’erreur commise par la juge du procès justifie la tenue d’un nouveau procès.

C. *La tenue d’un nouveau procès est-elle justifiée?*

[135] Suivant le critère énoncé dans *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609, un acquittement sera annulé seulement si la Couronne peut établir « qu’il [est] raisonnable de penser, compte tenu des faits concrets de l’affaire, que l’erreur [de droit] (ou les erreurs [de droit]) du premier juge ont eu une incidence significative sur le verdict d’acquittement »

satisfied that the improper admission of the “friends with benefits” evidence meets this test.

(1) The Trial Judge’s Limiting Instructions

[136] An important feature of the s. 276 regime is its requirement of mandatory limiting instructions. Section 276.4 provides that where sexual activity evidence is admitted pursuant to s. 276(2), “the judge shall instruct the jury as to the uses that the jury may and may not make of that evidence”. In this case, while the judge’s limiting instructions cautioned the jury not to use the evidence of the sexual nature of Mr. Goldfinch’s relationship with the complainant to support either of the twin myths, the instructions did not identify any *permissible* use of this evidence. The trial judge’s final instruction to the jury on this point was as follows:

You heard some evidence that Mr. Goldfinch and [the complainant] had dated, briefly lived together, and continued to have sexual relations on occasion in 2014. This evidence provides you with some context for their relationship. You must not use this evidence, however, to help you decide or infer that, because of the sexual nature of their relationship, [the complainant] is more likely to have con[s]ented to sexual intercourse with Mr. Goldfinch on May 29th, 2014. . . . Further, you must not use the evidence of their relationship to help you decide or infer that [the complainant] is less believable or reliable as a witness in this case

(A.R., vol. I, at p. 37)

[137] This instruction successfully identified the twin myths and cautioned the jury not to rely on them. However, the trial judge’s statement that the evidence provided the jury with “some context for their relationship” was insufficient. The instruction did not identify any specific use to which the jury could properly put the evidence. As a result, the jury was left in the dark about how they could use the evidence.

(par. 14). Pour les motifs qui suivent, je suis convaincu que l’admission irrégulière de la preuve concernant la relation « amis-amants » satisfait à ce critère.

(1) Les directives restrictives de la juge du procès

[136] L’obligation de donner des directives restrictives est une caractéristique importante du régime établi par l’art. 276. L’article 276.4 prévoit que lorsqu’une preuve concernant une activité sexuelle est admise en application du par. 276(2), « le juge doit donner des instructions au jury quant à l’utilisation que celui-ci peut faire ou non de la preuve ». En l’espèce, bien que la juge du procès ait donné des directives restrictives au jury l’informant de ne pas utiliser la preuve concernant le caractère sexuel de la relation de M. Goldfinch avec la plaignante pour étayer l’un ou l’autre des deux mythes, celles-ci ne faisaient état d’aucune utilisation *permise* de la preuve. Voici la directive finale que la juge du procès a donnée au jury sur ce point :

[TRADUCTION] Vous avez entendu des témoignages selon lesquels M. Goldfinch et [la plaignante] se sont fréquentés puis ont brièvement vécu ensemble et qu’ils ont continué d’avoir des relations sexuelles à l’occasion en 2014. La preuve donne un certain contexte à leur relation. Toutefois, elle ne doit pas vous amener à conclure ou à inférer qu’en raison du caractère sexuel de leur relation, [la plaignante] est plus susceptible d’avoir consenti à avoir une relation sexuelle avec M. Goldfinch le 29 mai 2014. [. . .] Vous ne devez pas non plus vous servir de cette preuve pour conclure ou inférer que [la plaignante] est un témoin moins crédible ou moins fiable dans la présente affaire

(d.a., vol. I, p. 37)

[137] Cette directive fait correctement état des deux mythes et met le jury en garde de ne pas se fonder sur ceux-ci. Toutefois, la déclaration de la juge du procès selon laquelle la preuve donnait au jury [TRADUCTION] « un certain contexte à [la] relation [entre la plaignante et l’accusé] » est insuffisante. La directive ne mentionne aucune fin précise pour laquelle le jury pourrait à juste titre utiliser la preuve. Par conséquent, le jury a été laissé dans l’ignorance quant à la façon dont il pouvait utiliser la preuve en question.

(2) Other Sexual Activity Evidence Adduced at Trial

[138] As indicated, the trial judge’s instructions to the jury failed to identify specific facts or issues to which the sexual activity evidence related. Moreover, compounding the risk of forbidden reasoning based on discriminatory generalizations, the trial judge admitted evidence of the complainant’s sexual activity going beyond the scope of her initial s. 276 ruling.

[139] I note at the outset of this discussion that both the Crown and defence were responsible for adducing sexual activity evidence that went beyond the scope of the trial judge’s ruling. In my view, the fact that both defence and Crown counsel strayed beyond the boundaries of the judge’s ruling further illustrates the insufficiency of that initial ruling. Because the judge admitted the “friends with benefits” evidence under the broad banner of “context”, the parties were left without any clear guidance on what other pieces of sexual activity evidence might be admissible under this broad banner. They may well have thought that the door had been swung wide open on sexual activity evidence because *all* such evidence would provide “context” to the events at issue in a general sense. Therefore, the overbreadth and irrelevance of the sexual activity evidence adduced at trial should serve as a cautionary tale of what can go wrong when the s. 276 regime is not properly observed.

[140] At trial, both the complainant and Mr. Goldfinch were questioned about sexual activity that went beyond the scope of the s. 276 ruling. The trial judge initially determined that the only evidence which was admissible under s. 276(2) was the fact that the complainant and Mr. Goldfinch were in a “friends with benefits” relationship. However, at trial, defence counsel cross-examined the complainant about how many times she had sex with Mr. Goldfinch following their breakup. This directly contravened one of

(2) Autres éléments de preuve concernant une activité sexuelle présentés au procès

[138] Comme nous l’avons vu, les directives de la juge du procès ne faisaient pas mention de questions ou faits précis auxquels se rapportait la preuve concernant une activité sexuelle. De plus, la juge du procès a admis une preuve concernant une activité sexuelle de la plaignante qui débordait le cadre de sa décision initiale rendue au titre de l’art. 276, ce qui a augmenté le risque que le jury adopte un raisonnement défendu fondé sur des généralisations discriminatoires.

[139] Il convient, à cette étape de l’analyse, de souligner que tant la Couronne que la défense ont présenté des éléments de preuve concernant une activité sexuelle qui allaient au-delà de la décision de la juge du procès. Selon moi, le fait que l’avocate de la défense et la procureure de la Couronne aient outrepassé les limites de la décision de la juge témoigne en outre du caractère insuffisant de ladite décision. Étant donné que la juge du procès a admis la preuve concernant la relation « amis-amants » à titre général de « contexte », les parties ont été laissées sans directives claires quant à savoir quels autres éléments de preuve concernant une activité sexuelle étaient susceptibles d’être admis à ce titre. Elles auraient fort bien pu penser que la porte était grande ouverte à tout élément de preuve concernant une activité sexuelle étant donné que *tout* élément de preuve de cette nature mettrait « en contexte » les événements en cause de manière générale. Par conséquent, la portée excessive et l’absence de pertinence de la preuve concernant une activité sexuelle présentée au procès devraient servir d’exemple édifiant du dérapage susceptible de se produire lorsque le régime de l’art. 276 n’est pas correctement appliqué.

[140] Au procès, tant la plaignante que M. Goldfinch ont eu à répondre à des questions sur des activités sexuelles qui allaient au-delà de la portée de la décision rendue en application de l’art. 276. La juge du procès a d’abord conclu que la seule preuve qui était admissible en vertu du par. 276(2) était celle portant sur le fait que la plaignante et M. Goldfinch avaient une relation « amis-amants ». Toutefois, au procès, l’avocate de la défense a demandé à la plaignante, en contre-interrogatoire, combien de fois elle

the bases for the trial judge’s ruling — namely, that any prejudice to the complainant’s privacy rights and dignity would be minimal because she would not be asked about the “particulars of . . . her sexual history with [Mr. Goldfinch]” (A.R., vol. I, at p. 11). That the complainant was ultimately asked about such particulars on cross-examination constituted a significant infringement on her privacy rights and dignity.

[141] Furthermore, defence counsel asked the complainant about “other partners” she may have had at the time she and Mr. Goldfinch were in a “friends with benefits” relationship (A.R., vol. II, at p. 119). She testified that she had a sexual partner other than Mr. Goldfinch at the time. This evidence ran a serious risk of distorting the jury’s fact-finding process by inviting stereotypical reasoning about women and consent, such as the myth that women who are “unchaste” are more likely to consent. I note that the defence did not apply to have the trial judge revisit her initial s. 276 ruling before eliciting this evidence. As such, the evidence was not the subject of a limiting instruction.

[142] The Crown also strayed beyond the bounds of the trial judge’s ruling. It is true that the Crown is not subject to the procedural requirements of ss. 276.1 and 276.2, which apply only where the *accused* seeks to adduce evidence of the complainant’s other sexual activity. However, the Crown is subject to s. 276(1)’s prohibition on twin myth reasoning and must also abide by the common law principles articulated by this Court in *Seaboyer*. Indeed, in *R. v. Barton*, 2019 SCC 33, [2019] 2 S.C.R. 579, this Court stated that trial judges should determine the admissibility of Crown-led prior sexual activity evidence through a *voir dire* prior to trial, applying this Court’s guidance in *Seaboyer* (*Barton*, at para. 80).

avait eu des relations sexuelles avec M. Goldfinch après leur rupture. Cela contrevenait directement à l’un des fondements de la décision de la juge du procès — à savoir que toute atteinte au droit à la vie privée de la plaignante et à sa dignité serait minime étant donné qu’on ne lui poserait pas de questions sur les [TRADUCTION] « détails de [. . .] ses activités sexuelles antérieures avec [M. Goldfinch] » (d.a., vol. I, p. 11). Le fait que la plaignante se soit ultimement fait poser des questions en contre-interrogatoire sur de tels détails constitue une importante atteinte à sa vie privée et à sa dignité.

[141] Qui plus est, l’avocate de la défense a demandé à la plaignante si elle avait [TRADUCTION] d’« autres partenaires » à l’époque où elle et M. Goldfinch entretenaient une relation « amis-amants » (d.a., vol. II, p. 119). Elle a déclaré qu’elle avait à l’époque un partenaire sexuel autre que M. Goldfinch. Cette preuve risquait fortement de dénaturer le processus de recherche des faits mené par le jury en ouvrant la porte à un raisonnement fondé sur des stéréotypes concernant les femmes et le consentement, comme le mythe voulant que les femmes « non chastes » soient plus susceptibles de consentir à une relation sexuelle. Je note que la défense n’a pas demandé à la juge du procès de revoir sa décision initiale rendue au titre de l’art. 276 avant de chercher à obtenir cet élément de preuve, de sorte que celui-ci ne faisait pas l’objet d’une directive restrictive.

[142] La Couronne a aussi outrepassé les limites de la décision de la juge du procès. Il est vrai qu’elle n’est pas assujettie aux exigences procédurales des art. 276.1 et 276.2, qui s’appliquent seulement lorsque l’*accusé* cherche à présenter des éléments de preuve portant sur d’autres activités sexuelles de la plaignante. Toutefois, la Couronne est assujettie à l’interdiction prévue au par. 276(1) portant sur le raisonnement fondé sur les deux mythes et elle doit aussi se conformer aux principes de common law formulés par notre Cour dans l’arrêt *Seaboyer*. D’ailleurs, dans *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, notre Cour a déclaré que le juge du procès doit se prononcer sur l’admissibilité de la preuve concernant un comportement sexuel antérieur présentée par la Couronne lors d’un *voir-dire* tenu avant le procès, conformément aux enseignements énoncés par la Cour dans l’arrêt *Seaboyer* (*Barton*, par. 80).

[143] No such procedure was observed here. During direct examination of the complainant, Crown counsel elicited testimony that made reference to the complainant's other sexual partner. Further, in the Crown's cross-examination of Mr. Goldfinch, counsel led Mr. Goldfinch to provide details of his sexual "routine" with the complainant — namely, that they would generally have sex when the complainant stayed over at his house. This was prejudicial information about other instances of sexual activity by the complainant and should have been the subject of its own *voir dire* and ruling.

[144] For reasons of procedural fairness, the fact that the Crown strayed beyond the bounds of the trial judge's ruling and elicited additional sexual activity evidence that was not the subject of a *voir dire* clearly cannot be used as a basis for setting aside Mr. Goldfinch's acquittal. Put simply, the Crown cannot be permitted to benefit from its own missteps. Nevertheless, much of the improper evidence was led by the defence. This resulted from the erroneous admission of the "friends with benefits" evidence under the broad banner of "context". In these circumstances, the public interest in a trial that is conducted properly according to the law and the need to protect the integrity of the justice system militate in favour of a new trial (see *R. v. Morrison*, 2019 SCC 15, [2019] 2 S.C.R. 3, at para. 142).

[145] I would add that, as the AGO points out, vetting sexual activity evidence advanced by either Crown or defence before trial will have the salutary effect of focusing all parties on the legitimate use of such evidence. This approach will also "establish the parameters of any sexual relationship evidence that the Crown seeks to adduce" and trigger defence counsel to bring a separate application under s. 276(2) if they wish to elicit evidence going beyond the scope of that proposed by the Crown (I.F., at para. 14). The failure to do so here led to the unnecessary and inappropriate admission of sexual activity evidence that went beyond the trial judge's s. 276

[143] Cette procédure n'a pas été suivie en l'espèce. Au cours de l'interrogatoire principal de la plaignante, la procureure de la Couronne a obtenu un témoignage dans lequel il était question de l'autre partenaire sexuel de la plaignante. En outre, au cours du contre-interrogatoire de M. Goldfinch par la Couronne, M. Goldfinch a été amené à donner des détails sur sa [TRADUCTION] « routine » sexuelle avec la plaignante — à savoir que, la plupart du temps, ils avaient des relations sexuelles lorsque la plaignante passait la nuit chez lui. Il s'agissait de renseignements préjudiciables se rapportant à d'autres cas d'activités sexuelles de la plaignante qui auraient dû faire l'objet de leur propre voir-dire et de leur propre décision.

[144] Pour des raisons d'équité procédurale, le fait que la Couronne a dépassé les limites de la décision de la juge du procès et qu'elle a obtenu des preuves additionnelles relatives à des activités sexuelles qui ne faisaient pas l'objet d'un voir-dire ne peut manifestement pas servir à justifier l'annulation de l'acquiescement de M. Goldfinch. Autrement dit, la Couronne ne peut bénéficier de ses propres impairs. Néanmoins, une grande partie de la preuve irrégulière a été présentée par la défense, ce qui découle de l'admission erronée de la preuve de la relation « amis-amants » qui a été présentée à titre général de « contexte ». Dans de telles situations, l'intérêt du public à ce que le procès se déroule adéquatement conformément à la loi et la nécessité de protéger l'intégrité du système de justice militent en faveur de la tenue d'un nouveau procès (voir *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 142).

[145] J'ajouterais que, comme le souligne la PGO le fait de passer au crible, avant le procès, la preuve concernant une activité sexuelle — qu'elle soit invoquée par la Couronne ou la défense — aura l'effet bénéfique d'attirer l'attention de toutes les parties sur l'utilisation légitime de cette preuve. En outre, cette approche [TRADUCTION] « établira les paramètres de toute preuve de relation à caractère sexuel que la Couronne veut présenter » et amènera l'avocat de la défense à présenter une demande distincte au titre du par. 276(2) s'il souhaite obtenir des éléments de preuve allant au-delà de la portée de la preuve proposée par la Couronne (m.i.,

ruling. This evidence came in without first having been vetted, and it was never the subject of its own limiting instruction. This was a serious error.

[146] To be clear, I make no final determination as to whether any evidence going beyond the bare fact that Mr. Goldfinch and the complainant were “friends with benefits” at the time of the alleged sexual assault might ultimately be found admissible at a new trial where it is subject to proper vetting. Here, I simply point out the overbreadth of the sexual activity evidence elicited at trial as a means of illustrating the adverse impact that an improper admissibility determination under s. 276 can have on the integrity of the trial process. This case serves as a powerful illustration of how a trial can go off the rails where sexual activity evidence is admitted without being anchored to a specific, legitimate purpose. Without this anchor, the trial may drift into unsafe waters, as occurred in this case. And while the trial judge in this case made an effort to mitigate the situation, the damage was already done — Mr. Goldfinch’s application should not have been allowed in the first place.

[147] In conclusion, the errors at trial stemmed directly from the trial judge’s improper s. 276 ruling, which allowed for the admission of sexual activity evidence under the broad banner of “context”. Grounded in this ruling, the trial judge’s flawed limiting instructions failed to delineate how the sexual activity evidence was capable of assisting the jury to resolve specific facts or issues relating to Mr. Goldfinch’s defence. This flawed instruction’s distorting effect was compounded when additional sexual activity evidence was admitted at trial which was not the subject of its own admissibility determination or limiting instruction. The cumulative impact of these errors, in my view, can reasonably be thought to have had a material bearing on

par. 14). L’omission de le faire en l’espèce a mené à l’admission non nécessaire et inappropriée d’une preuve concernant une activité sexuelle outrepassant la décision de la juge du procès fondée sur l’art. 276. Cette preuve a été introduite sans avoir d’abord été examinée et elle n’a jamais fait l’objet d’une directive restrictive. Il s’agit d’une erreur grave.

[146] Il convient de préciser que je ne me prononce pas de façon définitive sur la question de savoir si une preuve allant au-delà du simple fait que M. Goldfinch et la plaignante étaient des « amis-amants » au moment de l’agression sexuelle en cause pourrait ultimement être jugée admissible lors d’un nouveau procès au cours duquel elle sera assujettie à un examen approprié. En l’espèce, je m’en tiens à signaler la portée excessive de la preuve concernant une activité sexuelle recueillie lors du procès dans le but d’illustrer l’incidence négative sur l’intégrité du procès que peut avoir une décision inappropriée quant à l’admissibilité sous le régime de l’art. 276. La présente affaire illustre avec force comment un procès peut dérailler lorsqu’une preuve concernant une activité sexuelle est admise sans être associée à une fin précise et légitime. Sans ce point d’ancrage, le procès peut se retrouver en eaux troubles, comme cela s’est produit en l’espèce. Bien que la juge du procès en l’espèce se soit efforcée de remédier à la situation, le dommage avait déjà été fait; la demande de M. Goldfinch n’aurait jamais dû être accueillie.

[147] En conclusion, les erreurs commises au procès découlaient directement de la décision inappropriée, rendue par la juge du procès au titre de l’art. 276, qui permettait l’admission de la preuve concernant une activité sexuelle à titre général de « contexte ». Les directives restrictives erronées de la juge du procès, qui reposaient sur cette décision, n’énonçaient pas comment la preuve concernant une activité sexuelle pouvait aider le jury à résoudre les questions ou faits précis liés à la défense de M. Goldfinch. L’effet dénaturant de cette directive erronée s’est aggravé lorsqu’une autre preuve concernant une activité sexuelle, n’ayant pas fait l’objet d’une décision distincte quant à son admissibilité ni d’une directive restrictive, a été admise au

Mr. Goldfinch’s acquittal. Accordingly, I agree with the Court of Appeal that a new trial should be ordered.

V. Conclusion

[148] In the result, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

BROWN J. (dissenting) —

I. Introduction

[149] Patrick Goldfinch appeals, as of right, from the decision of a majority of the Court of Appeal of Alberta setting aside his acquittals and ordering a new trial. The issue to be decided is whether the trial judge committed reversible error in admitting evidence under s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that the complainant and appellant were “friends with benefits”.¹²

[150] Before the jury, the complainant testified that she was sexually assaulted after the appellant would not take “no” for an answer. Her evidence was that she called the appellant to come over to his residence. After watching television together with the appellant’s roommate, she and the appellant went downstairs to his living quarters. She told him that “nothing was going to happen” (A.R., vol. II, at p. 87), meaning there would be no sexual activity. After she did not join him in his bedroom, he got angry, dragged her into the bedroom, pushed her onto

¹² The term is defined by the Oxford English Dictionary as “a friend with whom one has an occasional and casual sexual relationship” (online). The origin of the concept is unclear, but the term appears to originate in a lyric by Alanis Morissette in “Head Over Feet” (1995): “You’re the best list’ner that I’ve ever met. You’re my best friend, best friend with benefits.”

procès. J’estime qu’on peut raisonnablement penser que l’effet cumulatif de ces erreurs a eu une incidence significative sur le verdict d’acquiescement de M. Goldfinch. Par conséquent, je conviens avec la Cour d’appel qu’un nouveau procès doit être ordonné.

V. Conclusion

[148] Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN (dissident) —

I. Introduction

[149] Patrick Goldfinch interjette appel, de plein droit, d’une décision des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta annulant ses acquittements et ordonnant la tenue d’un nouveau procès. La question à trancher est celle de savoir si la juge du procès a commis une erreur donnant lieu à révision de sa décision en admettant, en application de l’art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, une preuve tendant à démontrer que la plaignante et l’appelant étaient des « amis-amants »¹³.

[150] Devant le jury, la plaignante a déclaré qu’elle avait été victime d’agression sexuelle après que l’appelant a refusé de se faire dire « non ». Elle a expliqué qu’elle avait téléphoné à l’appelant pour proposer qu’elle se rende chez lui. Après avoir regardé la télévision avec l’appelant et le colocataire de ce dernier, elle est descendue avec l’appelant à l’étage inférieur où il logeait. Elle lui a dit qu’il [TRADUCTION] « n’allait rien se passer » (d.a., vol. II, p. 87), en ce sens qu’il n’y aurait pas d’activité sexuelle. Après qu’elle a refusé d’aller le rejoindre dans sa chambre,

¹³ L’équivalent anglais du terme, soit « *friends with benefits* », est défini par l’*Oxford English Dictionary* qui décrit ceux qui entretiennent ce type de relation comme des [TRADUCTION] « ami[s] avec [lesquels] on a des relations sexuelles occasionnelles et sans attaches » (en ligne). L’origine du concept est nébuleuse, mais le terme lui-même semble avoir été utilisé pour la première fois dans la chanson d’Alanis Morissette, *Head Over Feet* (1995) : « *You’re the best list’ner that I’ve ever met. You’re my best friend, best friend with benefits.* »

the bed, hit her face, and had sex with her while she repeatedly told him to stop.

[151] The appellant, on the other hand, testified that the complainant had called him to ask if she could come over because he owed her “birthday sex”. He picked her up and they drove back to his residence where they watched television and drank beer with his roommate. At some point, the appellant mouthed at her “I’m going to fuck you” (A.R., vol. III, at p. 198), after which the two walked downstairs together to his living quarters. He eventually followed her into his bedroom, where she got undressed before he did. They discussed which side of the bed she would sleep on to avoid “hot flashes” that happen when she sleeps on one particular side of his bed. They had sex and fell asleep. He awoke to find her angry at him for hitting her in the face sometime while he was asleep. He became annoyed, and told her to leave.

[152] In closing submissions to the jury, the appellant emphasized 11 aspects of the complainant’s evidence that, in his view, exposed inconsistencies in her testimony sufficient to raise a reasonable doubt. None of these submissions referred to the relationship. Rather, it was the Crown that relied on the relationship. Its theory was that, *because* they were in a sexual relationship, “Mr. Goldfinch was expecting sex from [the complainant] that day. That’s the only reason he went to pick her up. When he found out that he was not going to get it, he snapped” (A.R., vol. III, at p. 286).

[153] The trial judge would *twice* instruct the jury that the relationship provided context for how the appellant and complainant knew each other, but it could not be used to infer that, because they were in a relationship, the complainant was more likely to consent on this occasion, or that the complainant’s account was less believable overall.

[154] The jury returned a verdict of not guilty.

l’appelant s’est mis en colère, l’a traînée jusqu’à la chambre, l’a poussée sur le lit, l’a frappée au visage et a eu des rapports sexuels avec elle pendant qu’elle lui répétait d’arrêter.

[151] L’appelant a toutefois donné une autre version des faits. La plaignante l’aurait appelé, lui demandant si elle pouvait aller chez lui parce qu’il lui devait [TRADUCTION] « du sexe pour son anniversaire ». Il est passé la prendre et ils sont revenus chez lui, où ils ont regardé la télévision et ont bu de la bière avec son colocataire. À un moment donné, l’appelant lui a dit : [TRADUCTION] « je vais te baiser » (d.a., vol. III, p. 198), ce après quoi ils sont descendus tous les deux dans son logement. Il l’a finalement suivie dans sa chambre où elle s’est déshabillée avant lui. Ils ont discuté de quel côté du lit elle allait dormir pour éviter les « bouffées de chaleur » auxquelles elle est sujette lorsqu’elle dort d’un certain côté de son lit. Ils ont eu des relations sexuelles et se sont endormis. À son réveil, il a constaté qu’elle était en colère parce qu’il l’avait frappée au visage pendant son sommeil. Il s’est énervé et lui a dit de partir.

[152] Dans son exposé final au jury, l’appelant a insisté sur 11 aspects du témoignage de la plaignante qui, selon lui, mettaient en lumière certaines incohérences de sa version des faits suffisantes pour soulever un doute raisonnable. Aucune de ces observations ne traitait de la relation entre eux. C’est plutôt le ministère public qui s’est fondé sur cette relation. Selon sa théorie, *parce qu’ils entretenaient une relation de nature sexuelle*, [TRADUCTION] « M. Goldfinch s’attendait à avoir une relation sexuelle [avec la plaignante] ce jour-là. C’est la seule raison pour laquelle il est allé la chercher. Lorsqu’il a réalisé que ce ne serait pas le cas, il s’est énervé » (d.a., vol. III, p. 286).

[153] La juge du procès a expliqué à *deux reprises* aux jurés que la relation donnait le contexte des fréquentations de l’appelant et de la plaignante, mais qu’elle ne pouvait pas être utilisée pour en déduire, parce qu’ils entretenaient une relation, que la plaignante était plus susceptible d’avoir donné son consentement durant la soirée en cause, ou que sa version des faits était dans l’ensemble moins crédible.

[154] Le jury a rendu un verdict d’acquiescement.

[155] I have read carefully the reasons of the majority. I agree that this appeal turns on how to balance the admissibility of evidence of a relationship that may be a necessary link in making full answer and defence with ensuring triers of fact do not use the existence of a relationship to engage in prohibited reasoning. And while I agree with much of the majority's overview of s. 276 of the *Criminal Code*, we disagree on its application to this evidentiary record. The majority reasons that the relationship was simply not relevant to any issue before the jury, and therefore engaged the prohibited line of reasoning that "because the complainant had consented to sex with Goldfinch in the past, in similar circumstances, it was more likely she had consented on the night in question" (para. 47).

[156] This appeal therefore presents three issues: (1) does the ordinary meaning of "friends with benefits" invariably lead the trier of fact to engage in reasoning prohibited by s. 276(1); (2) was the nature of their relationship relevant to any issue before the jury under s. 276(2)(b); and (3) should a new trial be ordered in the event the trial judge erred?

[157] These are difficult questions that go to the heart of s. 276. My view is that the trial judge applied the correct legal principles in her evidentiary ruling. The majority sees it differently, describing the "clea[r] infect[ion]" of the context laid out before the jury with twin-myth reasoning, making the jury "privy to particulars" that it should not have known about (para. 72). While the majority reasons that this must have been caused by an error in the evidentiary ruling before trial, as I see it, the responsibility for any "infection" during this trial lies *not* in the trial judge's ruling, but rather at the feet of the Crown, who must live with its choices.

[155] J'ai lu attentivement les motifs de mes collègues majoritaires. Je suis d'accord pour dire que le présent pourvoi concerne la façon de trouver un équilibre entre, d'une part, l'admissibilité de la preuve d'une relation — preuve qui peut s'avérer nécessaire pour protéger le droit de l'accusé à une défense pleine et entière — et, d'autre part, le besoin de garantir que les juges des faits n'appliquent aucun raisonnement interdit fondé sur une relation. Si, par ailleurs, je souscris à l'essentiel de l'analyse de l'art. 276 du *Code criminel* des juges majoritaires, nous divergeons d'opinion quant à son application à la preuve produite en l'espèce. Selon mes collègues majoritaires, la relation n'était tout simplement pas pertinente pour trancher les questions dont le jury était saisi. La preuve à ce sujet menait donc au raisonnement interdit selon lequel « parce que la plaignante avait consenti dans le passé à avoir des rapports sexuels avec M. Goldfinch dans des circonstances semblables, il était plus probable qu'elle ait consenti à avoir un rapport sexuel avec lui le soir en question » (par. 47).

[156] Le pourvoi soulève donc trois questions : (1) le sens courant de l'expression « amis-amants » mène-t-il invariablement les juges des faits à adopter un raisonnement interdit aux termes du par. 276(1); (2) la nature de la relation qu'entretenaient l'appelant et la plaignante était-elle pertinente, comme l'exige l'al. 276(2)b), pour trancher les questions soulevées devant le jury; et (3) faut-il ordonner la tenue d'un nouveau procès advenant le cas où la juge du procès a commis une erreur?

[157] Il s'agit de questions difficiles à trancher qui concernent l'essence même de l'art. 276. Selon moi, la juge du procès a appliqué les bons principes de droit pour statuer sur l'admissibilité de la preuve. Les juges majoritaires voient les choses différemment et décrivent la preuve du contexte présentée au jury comme étant « manifestement viciée » par un raisonnement fondé sur les deux mythes, ce qui aurait permis au jury d'« être au courant d[e] détails » dont il n'aurait pas dû avoir connaissance (par. 72). Les juges majoritaires sont d'avis que cela a dû être causé par une erreur dans la décision sur la preuve rendue avant le procès. J'estime pour ma part que ce *n'est pas* la décision de la juge du procès qui, en l'espèce, est à l'origine du « vic[e] », mais bien le ministère public, qui doit assumer ses choix.

[158] I would answer the legal questions as follows. First, I say that evidence of a “friends with benefits” relationship will, in certain cases, and without engaging in prohibited lines of reasoning, explain to a jury how two people know each other, consistent with how *other* relationships are presented to juries. I agree with the majority that relationship evidence, without proper scrutiny under s. 276 and sufficient limiting instructions, can trigger triers of fact to engage in prohibited lines of reasoning. But I do not accept the majority’s solution to this problem, which would treat evidence of certain relationships (for example, “married”, “dating”, or “boyfriend-girlfriend”), each of which might also suggest previous sexual activity, differently in the s. 276 analysis based on how the particular relationship’s sexual features, real or imagined, are reasonably perceived. I prefer the trial judge’s evidentiary ruling, which treated the relationship between the appellant and the complainant consistently with other relationships in society. The jury could be told about the existence and nature of the relationship, but could not be told about its particularities or the frequency of sexual relations. The jury was then instructed *twice* on the permissible use of the evidence (to provide context for how the appellant and the complainant knew each other) and its impermissible uses (to suggest that, because they were friends with benefits, the complainant was more likely to consent on this occasion, or was less worthy of belief overall).

[159] Secondly, the trial judge’s evidentiary ruling was consistent with the proposition that the existence of a relationship between the complainant and the accused may be admitted as relevant, but strictly where its absence would leave the trier of fact with a distorted representation of the circumstances surrounding the incident. The trial judge concluded this was such a circumstance. While the majority disagrees, and finds nothing in the appellant’s evidence that rendered his narrative “untenable” or “utterly improbable” (para. 68) absent reference to the relationship, it is hard to find fault in the trial judge’s

[158] Voici comment je réponds aux questions de droit soulevées par le présent pourvoi. Tout d’abord, selon moi, la preuve d’une relation « amis-amants » peut, dans certains cas, et sans mener à des raisonnements interdits, expliquer à un jury le contexte des fréquentations de deux personnes, comme le fait la preuve d’autres types de relations présentées à des jurys. Je conviens avec les juges majoritaires que la preuve concernant la relation, sans examen fondé sur l’art. 276 et sans directives restrictives suffisantes, peut mener les juges des faits à adopter un raisonnement interdit. Je n’accepte toutefois pas la solution que proposent mes collègues majoritaires pour répondre à ce problème, une solution qui traite différemment la preuve de certaines relations (par exemple, celles de gens « mariés », qui « sortent ensemble » ou qui sont « copain-copine »), qui peuvent toutes également suggérer des activités sexuelles antérieures, dans l’analyse fondée sur l’art. 276, en fonction de la façon dont les caractéristiques de nature sexuelle de la relation, qu’elles soient réelles ou imaginaires, sont raisonnablement perçues. Je préfère la décision concernant la preuve de la juge de première instance, qui a traité la relation entre l’appelant et la plaignante de la même manière que les autres relations que peuvent entretenir des individus. Le jury pouvait donc être informé de l’existence et de la nature de la relation, mais non de ses particularités ou de la fréquence des relations sexuelles. Le jury a par ailleurs reçu des directives à *deux reprises* sur l’utilisation permise de la preuve (soit donner le contexte des fréquentations de l’appelant et de la plaignante) et sur ses utilisations interdites (pour suggérer que, parce qu’ils étaient amis-amants, la plaignante était plus susceptible de consentir à cette occasion, ou était moins digne de foi dans l’ensemble).

[159] Ensuite, j’estime que la décision relative à la preuve rendue par la juge de première instance était compatible avec la proposition selon laquelle l’existence d’une relation entre la plaignante et l’accusé pouvait être admise au motif qu’elle était pertinente, mais uniquement si le défaut de produire cette preuve donnait aux juges des faits une image déformée des circonstances entourant la perpétration de l’acte reproché. La juge du procès a conclu qu’on avait effectivement affaire à une telle situation. Bien que les juges majoritaires ne soient pas d’accord — et concluent que rien dans la preuve présentée par l’appelant n’a

determination on this point when the Crown itself took a similar position — specifically, that admitting evidence of the relationship was necessary to prevent distortion. The Crown’s objection was merely to the form, rather than the substance, of the appellant’s description of the relationship.

[160] I am not persuaded the trial judge committed an error in law sufficient to ground a Crown appeal from acquittal. This leads to my third point of departure from the majority. Ordering a new trial is unfair, given the following considerations: the Crown’s theory of the case against the appellant *drew directly from* the sexual nature of this relationship; the “infection” to which the majority refers was largely as a result of a contravention *by Crown counsel* of the terms of the trial judge’s evidentiary ruling; and, a successful Crown appeal from acquittal on this record inevitably lowers the bar which the Crown must overcome to show that a legal error had a material bearing on the acquittal so as to secure a new trial. How, after all, can the admission of this evidence be said to have had a material bearing on the acquittals, when the Crown was relying on *the selfsame evidence* to prove its case? The Crown was perfectly content in this case to refer, rely and ultimately weaponize the sexual past between the appellant and the complainant, until the jury returned a verdict of not guilty. Only then did the Crown on appeal take the position that the sexual nature of the relationship must have led the jury to engage in prohibited reasoning — and that, notwithstanding the Crown’s reliance on the *sexual nature* of that relationship, *the appellant* should not have been able to answer it. This is fundamentally unfair.

rendu sa version des faits « indéfendable » ou « complètement improbable » (par. 68) sans référence à la relation —, il est difficile de trouver quoi que ce soit à redire à la conclusion de la juge du procès à cet égard, dès lors que le ministère public lui-même a adopté une position semblable — soit plus précisément, celle de faire valoir qu’il était nécessaire d’admettre la preuve concernant la relation pour éviter de déformer les faits. L’objection du ministère public portait uniquement sur la forme et non sur le fond de la description que l’appelant avait donnée de la relation.

[160] Je ne suis pas convaincu que la juge du procès a commis une erreur de droit suffisamment grave pour justifier un appel par le ministère public d’un verdict d’acquittal. Voilà qui m’amène au troisième point de divergence entre ma position et celle de mes collègues majoritaires. Ordonner la tenue d’un nouveau procès serait injuste, et ce, pour les raisons suivantes : la théorie de la cause du ministère public contre l’appelant *est tirée directement* de la nature sexuelle de la relation en cause en l’espèce; le « vic[e] » auquel réfèrent les juges majoritaires découlait pour une large part de la contravention *par l’avocate du ministère public* des conditions prescrites par la décision de la juge du procès sur la preuve; et, un appel victorieux du ministère public de l’acquittal à la lumière du dossier en l’espèce abaisse inévitablement la barre qu’il doit franchir pour démontrer qu’une erreur de droit a eu une incidence telle sur l’acquittal qu’elle justifie la tenue d’un nouveau procès. Après tout, comment prétendre que l’admission de cette preuve a eu une incidence importante au point d’entraîner les acquittements, puisque le ministère public s’est fondé précisément sur *les éléments de preuve en question* pour étayer sa thèse? En l’espèce, le ministère public était parfaitement à l’aise de référer au passé sexuel de l’appelant et de la plaignante, de se fonder sur lui et ultimement de s’en servir comme argument, jusqu’à ce que le jury rende un verdict d’acquittal. Ce n’est qu’à ce moment que le ministère public, en appel, a soutenu que la nature sexuelle de la relation doit avoir mené le jury à adopter un raisonnement interdit — et que, en dépit du fait que le ministère public s’est fondé sur la *nature sexuelle* de cette relation, *l’appelant* n’aurait pas dû pouvoir répondre à cet argument. Cette position est fondamentalement injuste.

[161] These are the points that divide us. The jury rendered its verdict after being properly instructed on how to do so. I would allow the appeal and restore the acquittals.

II. The *Voir Dire* Decision — Court of Queen’s Bench of Alberta, 140600008Q1, January 23, 2017

[162] Before the trial, the appellant applied under s. 276.1 of the *Criminal Code* to adduce evidence that he and the complainant were friends with benefits, in order to dispel any erroneous impression that the jury might be under that he had sexualized an otherwise platonic friendship, or, to avoid misleading the jury into believing that they were complete strangers. The Crown objected, saying that friends with benefits would trigger prohibited twin myth reasoning in the jury. It did agree, however, that the jury would need some context to dispel the notion that the appellant and the complainant were strangers. To be clear, the Crown’s objection was not to the injection of context, or, more broadly, to relationship evidence that insinuates past sexual activity, but to the term “friends with benefits”. The Crown’s solution was to tell the jury that they dated for seven to eight months, broke up, then reconnected; and that, on occasion, the complainant would visit the appellant’s residence late in the evening and leave the following morning.

[163] I stress that it was the Crown’s position that it would not offend s. 276 or undermine the interests it is intended to protect for the jury to be told that the complainant would occasionally “visit” the appellant — a former boyfriend with whom she had reconnected — late in the evening, and that she would leave only the following morning.

[164] The trial judge considered the competing positions. She directly addressed the prejudice that

[161] Voilà les éléments qui nous divisent. Le jury a rendu son verdict après avoir reçu de bonnes directives sur la façon d’y parvenir. Je suis d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir les acquittements.

II. La décision sur le voir-dire — Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 140600008Q1, 23 janvier 2017

[162] Avant le procès, l’appelant a présenté une demande en application de l’art. 276.1 du *Code criminel* pour être autorisé à produire une preuve tendant à démontrer que la plaignante et lui étaient des amis-amants. Il voulait ainsi dissiper dans l’esprit des jurés toute fausse impression qu’il aurait sexualisé une amitié par ailleurs platonique, ou éviter de les induire en erreur en les amenant à croire qu’ils étaient de parfaits inconnus. Le ministère public s’est opposé à cette demande en faisant valoir que le terme « amis-amants » inciterait les jurés à adopter un raisonnement interdit fondé sur les deux mythes. Le ministère public a toutefois convenu que le jury aurait besoin de connaître un peu le contexte pour écarter l’idée que l’appelant et la plaignante ne se connaissaient pas. Je tiens à préciser que l’objection du ministère public ne portait pas sur la mise en contexte ou, plus largement, sur les éléments de preuve concernant la relation qui insinuaient que les parties avaient eu des activités sexuelles dans le passé, mais sur le terme « amis-amants ». Le ministère public a proposé comme solution d’expliquer au jury qu’ils étaient sortis ensemble pendant sept ou huit mois, qu’ils avaient rompu, puis qu’ils s’étaient réconciliés et que, à l’occasion, la plaignante se rendait chez l’appelant tard le soir et repartait le lendemain matin.

[163] J’insiste sur le fait que le ministère public était d’avis qu’on ne porterait pas atteinte à l’art. 276 ou aux droits que cet article vise à protéger si l’on disait aux jurés que la plaignante « rendait visite » à l’occasion à l’appelant — un ancien petit ami avec qui elle avait repris contact — tard le soir, et qu’elle ne repartait que le lendemain matin.

[164] La juge du procès a examiné les positions opposées. Elle a traité directement du préjudice que

could flow to the complainant if the jury drew certain (prohibited) inferences from the nature of the relationship. She queried defence counsel during the *voir dire*: “what is the safeguard then to prevent . . . one of the twin myths that because she consented to the [friends] with benefits relationship one, two, 10 or 20 times before that she is likely to have consented on this occasion. What is the protection if this evidence is . . . permitted?” (A.R., vol. II, at p. 14).

[165] In her evidentiary ruling, the trial judge agreed that without some context for how the appellant and the complainant knew each other, the appellant could not make full answer and defence. Bearing in mind that his credibility would be the central issue at trial, the jury could not properly assess (or indeed might well misconceive) the plausibility of his version of events were it prevented from understanding how the appellant and the complainant knew each other, or were it to simply assume they were strangers because no party had raised the issue of how they knew each other.

[166] Admitting evidence of the relationship would be no different than admitting evidence that an accused and a complainant were “married”, “dating”, or “boyfriend-girlfriend”. The point being, the trial judge believed the jury ought to be told how they knew each other in order to avoid misinterpreting things the appellant said or did as having arisen out of the blue (A.R., vol. I, at p. 6). As she viewed the matter, keeping the existence of the relationship from the jury would leave a level of “artificiality” in the appellant’s evidence, and would prevent him from being able to make full answer and defence.

[167] Following a thorough examination of the relevant factors under s. 276(2) and (3), the trial judge chose to admit the friends with benefits evidence, rather than the Crown’s proposed account of former lovers, who had reconnected to have adult sleepovers. As the majority notes, the trial judge

pourrait subir la plaignante si le jury tirait certaines conclusions (interdites) en raison du caractère de la relation. Elle a posé la question suivante à l’avocate de la défense lors du voir-dire : [TRADUCTION] « quelles sont les mesures de protection prévues pour empêcher [. . .] l’un des deux mythes suivant lequel, comme elle a donné son consentement à cette relation amis-amants une fois, deux fois, 10 fois ou 20 fois auparavant, elle est susceptible d’avoir consenti lors de la soirée en cause ici. De quel genre de protection parle-t-on si l’on admet cette preuve? » (d.a., vol. II, p. 14).

[165] Dans sa décision relative à la preuve, la juge du procès a convenu que, sans donner d’indications quant au contexte des fréquentations de la plaignante et de l’appelant, ce dernier ne serait pas en mesure de présenter une défense pleine et entière. Puisque la crédibilité de l’appelant serait la question centrale au procès, les jurés ne pourraient évaluer correctement — ou pourraient même fort bien mal interpréter — la vraisemblance de la version des faits de l’appelant s’ils ne pouvaient être mis au courant du contexte de ses fréquentations avec la plaignante ou s’ils devaient simplement tenir pour acquis que les deux protagonistes étaient des inconnus parce que personne n’avait soulevé la question de la nature de leur relation.

[166] L’admission de la preuve de cette relation n’est guère différente de l’admission en preuve du fait qu’un accusé et une plaignante étaient « mariés », « sortaient ensemble » ou étaient « copain-copine ». L’essentiel est que la juge du procès estimait qu’il fallait que les jurés connaissent la nature de leur relation pour éviter qu’ils pensent à tort que les gestes et les paroles de l’appelant étaient surgis de nulle part (d.a., vol. I, p. 6). Selon elle, cacher l’existence de la relation aux jurés rendrait la preuve de l’appelant quelque peu « artificielle » et l’empêcherait de présenter une défense pleine et entière.

[167] Après un examen approfondi des facteurs applicables énoncés aux par. 276(2) et 276(3), la juge du procès a décidé d’admettre la preuve concernant la relation amis-amants plutôt que la formulation proposée par le ministère public qui parlait d’anciens amants qui avaient repris contact pour avoir des nuits

remained very much alive to how a reference to the relationship could be misused to engage in prohibited lines of reasoning in relation to the complainant and her evidence. And she could not have been clearer in directing to the parties that, while evidence could be led about the relationship between the appellant and the complainant, *no* evidence was to be led about the relationship's particularities ("the specific sexual acts [the complainant] and the accused engaged in"), or frequency ("the number of times they had sexual relations after they ceased living together") (A.R., vol. I, at p. 10). And once again when, on the morning of trial, Crown counsel sought clarification about the scope of the evidentiary ruling, the trial judge reiterated that no evidence was to be led about particularities or frequency of the relationship.¹³ All counsel acknowledged they understood.

III. The Trial — Court of Queen's Bench of Alberta, 140600008Q1, February 9, 2017

[168] At trial, the complainant initially testified that, at the time of the assault, she was "just friends" with the appellant, that at no time since their formal relationship ended were they anything more than "friends" (A.R., vol. II, at p. 77), and that she and the appellant "weren't speaking" in the months leading up to the alleged assault (A.R., vol. II, at pp. 77-78). Almost immediately after that, however, and still in chief, she testified that she and the appellant previously had sex in his bedroom. Crown counsel asked whether this occurred while they used to date, and

¹³ Strictly speaking, the Crown is not "bound" by a s. 276.1 ruling, since evidence proffered by the Crown is not "adduced by or on behalf of the accused". The Crown adheres to the principles set out in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, in relation to the common law rules of evidence in sexual prosecutions. This distinction is immaterial in this appeal. The Crown understood it could not lead evidence that contravened the evidentiary ruling.

intimes adultes. Comme l'ont souligné les juges majoritaires, la juge du procès demeurait toutefois très consciente que les mots employés pour parler de la relation pouvaient être utilisés à mauvais escient pour se livrer à un raisonnement interdit relativement à la plaignante et à son témoignage. Elle n'aurait d'ailleurs pu être plus claire lorsqu'elle a expliqué aux parties que, même si elles pouvaient présenter des éléments de preuve sur la nature de la relation qu'entretenaient l'appelant et la plaignante, elles ne pouvaient présenter *aucune* preuve concernant les détails de cette relation ([TRADUCTION] « les activités sexuelles précises auxquelles [la plaignante] et l'accusé s'étaient livrés ») ou la fréquence de leurs rencontres (« le nombre de relations sexuelles qu'ils ont eues après avoir cessé de faire vie commune ») (d.a., vol. I, p. 10). En outre, je le répète, lorsque le matin du procès, l'avocate du ministère public a demandé des éclaircissements au sujet de la portée de la décision relative à la preuve, la juge du procès a réitéré qu'aucune preuve ne devait être présentée quant aux particularités ou à la fréquence des rapports sexuels¹⁴. Toutes les avocates ont reconnu qu'elles avaient compris ces directives.

III. Le procès — Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, 140600008Q1, 9 février 2017

[168] Au procès, la plaignante a d'abord expliqué que, au moment de l'agression, elle et l'appelant étaient [TRADUCTION] « juste des amis » et que, à aucun moment depuis qu'ils avaient cessé d'être en couple, ils n'avaient été autre chose que de « simples amis » (d.a., vol. II, p. 77). Elle a ajouté qu'elle et l'appelant « ne se parlaient plus » durant les mois ayant précédé la présumée agression sexuelle (d.a., vol. II, p. 77-78). Presque immédiatement après cette déclaration, et toujours lors de son interrogatoire principal, elle a toutefois expliqué qu'elle avait déjà

¹⁴ Strictement parlant, le ministère public n'est pas « lié » par une décision fondée sur l'art. 276.1, puisque la preuve qu'il présente n'est pas présentée par « l'accusé ou son représentant ». Le ministère public adhère aux principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, en ce qui a trait aux règles de preuve de la common law applicables dans le cadre de poursuites en matière sexuelle. Cette distinction est sans importance dans le présent pourvoi. Le ministère public comprenait qu'il ne pouvait pas produire d'éléments de preuve qui contrevenaient à la décision relative à la preuve.

the complainant answered that it occurred after they had broken up. Crown counsel then went one step further — contrary to the trial judge’s clear and repeated instructions — and asked whether they had sex on a single occasion or on “various” occasions after they had broken up, and when was the last time she had sex with the appellant. The complainant confirmed that they had sex on “various” occasions after they ceased living together.

[169] In light of this evidence adduced from the complainant by the Crown, the trial judge at the conclusion of examination-in-chief notified counsel that following the complainant’s testimony she would provide a mid-trial limiting instruction to the jury warning against impermissible uses of evidence that refers to the complainant’s sexual activity. After canvassing the text of the proposed instruction with counsel, and following the complainant’s evidence, the trial judge gave the following mid-trial instruction:

THE COURT: . . .

You have heard evidence that [the complainant] and Mr. Goldfinch dated and then briefly lived together. At some point after that relationship ended, [the complainant] and Mr. Goldfinch did on occasion get together and have sexual relations. This evidence provides you with some context for their relationship, but you must not use this evidence to help you decide that because [the complainant] and Mr. Goldfinch had sexual relations in the past, that [the complainant] is more likely to have consented to Mr. — consented to what Mr. Goldfinch is alleged to have done on May 29th, 2014, and you must also not use that evidence to help you decide that because [the complainant] and Mr. Goldfinch had sexual relations in the past that she is less believable or reliable as a witness in this case, all right? Thank you.

(A.R., vol. II, at p. 148)

eu des relations sexuelles avec l’appelant dans la chambre de ce dernier. L’avocate du ministère public lui a demandé si ces relations remontaient à l’époque où ils sortaient ensemble et la plaignante a répondu qu’elles avaient eu lieu après leur rupture. L’avocate du ministère public est allée encore un peu plus loin — en contravention des directives claires et répétées de la juge du procès — et lui a demandé s’ils avaient eu des rapports sexuels à une seule occasion ou à « diverses » occasions après leur rupture et à quand remontait leur dernière relation sexuelle. La plaignante a confirmé qu’ils avaient eu des rapports sexuels à « diverses » occasions après qu’ils ont cessé de vivre ensemble.

[169] À la lumière des explications données par la plaignante au ministère public, à la fin de l’interrogatoire principal, la juge du procès a informé les avocates que, à la suite du témoignage de la plaignante, elle donnerait des directives restrictives de mi-procès pour mettre les jurés en garde contre les utilisations interdites d’éléments de preuve mentionnant les activités sexuelles de la plaignante. Après avoir convenu avec les avocates du texte de la directive proposée et à la suite du témoignage de la plaignante, la juge du procès a donné la directive suivante au milieu du procès :

[TRADUCTION]

LA COUR : . . .

Vous avez entendu un témoignage selon lequel [la plaignante] et M. Goldfinch sont sortis ensemble et ont brièvement vécu ensemble. Après la fin de cette relation, [la plaignante] et M. Goldfinch se sont revus à l’occasion et ont eu des relations sexuelles. Cette preuve vous fournit un certain contexte au sujet de leur relation. Vous ne devez toutefois pas vous servir de cette preuve pour vous aider à décider que, parce que [la plaignante] et M. Goldfinch avaient eu des relations sexuelles dans le passé, il est plus probable que [la plaignante] ait consenti à ce que M. — consenti à ce que M. Goldfinch aurait fait le 29 mai 2014, et vous ne devez pas non plus utiliser cette preuve pour vous aider à décider que, parce que [la plaignante] et M. Goldfinch avaient eu des relations sexuelles dans le passé, [la plaignante] est moins crédible ou moins digne de foi comme témoin dans la présente affaire. D’accord? Je vous remercie.

(d.a., vol. II, p. 148)

[170] I have already summarized the pertinent aspects of the appellant's evidence. In his closing submissions to the jury, the following pieces of evidence formed the central planks of his case:

[MS. HATCH] I'm going to ask you to consider 11 important items, and I'm going to list them first for you. And there may be other items that you find important as well, and obviously you will consider those. I would like you though to consider these 11 items carefully.

Number 1, the phone in the bedroom.

Secondly, wanting Mr. Goldfinch off the computer.

Thirdly, the timing, and I'm going to comment more on each of these in a few minutes.

The fourth item is the absence of any evidence of any injury to the complainant's genitals.

Number 5, the glasses being undamaged.

Number 6 is the kiss.

Number 7, phoning the cab.

Number 8, being worried that he'd lost everything.

Number 9, testimony that he may have been flaccid throughout.

And number 10, extensive lack of recall.

Lastly, number 11, all hell broke loose. There was yelling. It was loud. And I'm going to invite you to look closely at each of those items.

(A.R., vol. III, at p. 275)

[170] J'ai déjà résumé les aspects pertinents du témoignage de l'appelant. Les éléments de preuve suivants constituaient les aspects essentiels de la thèse qu'il a exposée au jury dans ses observations finales :

[TRADUCTION]

[M^e HATCH] Je vais maintenant attirer votre attention sur 11 éléments importants. Je vais commencer par vous les énumérer les uns à la suite des autres. Il se peut qu'il y ait d'autres éléments que vous trouviez également importants et, de toute évidence, vous allez également en tenir compte. J'aimerais toutefois que vous examiniez attentivement les 11 éléments suivants :

Numéro 1, le téléphone qui se trouvait dans la chambre.

Deuxièmement, le fait qu'elle insistait pour que M. Goldfinch laisse l'ordinateur.

Troisièmement, la chronologie des événements; je vais revenir sur chacun de ces aspects dans quelques minutes.

Le quatrième élément est l'absence de preuve de blessures aux organes génitaux de la plaignante.

Numéro 5, l'absence de dommage aux lunettes.

Numéro 6, le baiser.

Numéro 7, l'appel d'un taxi.

Numéro 8, le fait que M. Goldfinch craignait avoir tout perdu.

Numéro 9, la crainte de M. Goldfinch d'avoir été flasque pendant tout ce temps.

Et numéro 10 : l'incapacité de se souvenir de beaucoup de faits.

Enfin, numéro 11, tout s'est mis à basculer. Il y a eu des cris, des hurlements. Je vais vous inviter à examiner attentivement chacun de ces éléments de preuve.

(d.a., vol. III, p. 275)

[171] In contrast, the Crown advanced the following theory to the jury:

[CROWN] The Crown's submission is that Mr. Goldfinch was expecting sex from [the complainant] that day. That's the only reason he went to pick her up. When he found out that he was not going to get it, he snapped.

(A.R., vol. III, at p. 286)

The Crown elaborated on this theory at the outset of its closing submissions by telling the jury:

[CROWN] In this case, you heard [the complainant], a 54-year-old woman, tell you that she was sexually assaulted. She and Mr. Goldfinch dated for seven or eight months. They lived together. She ended the relationship. Her evidence on those points is uncontradicted. She told you that she called him. He picked her up. She was open to the possibility of having sex with him. When the offer was made to accompany Mr. Goldfinch downstairs, she knew what that really meant, and she made it clear that she would come downstairs but that there would be no sex.

(A.R., vol. III, at p. 283)

[172] In her final charge to the jury, the trial judge instructed:

[THE COURT] Finally, I wish to talk to you about the evidence you heard of the prior sexual relationship between Mr. Goldfinch and [the complainant]. You heard some evidence that Mr. Goldfinch and [the complainant] had dated, briefly lived together, and continued to have sexual relations on occasion in 2014. This evidence provides you with some context for their relationship. You must not use this evidence, however, to help you decide or infer that, because of the sexual nature of their relationship, [the complainant] is more likely to have [consented] to sexual

[171] En revanche, le ministère public a avancé la thèse suivante devant le jury :

[TRADUCTION]

[MINISTÈRE PUBLIC] Selon le ministère public, M. Goldfinch s'attendait à avoir des relations sexuelles avec [la plaignante] ce jour-là. C'est la seule raison pour laquelle il est passé la prendre chez elle. Lorsqu'il a découvert qu'il n'allait pas obtenir ce qu'il voulait, il a pété les plombs.

(d.a., vol. III, p. 286)

Le ministère public a développé sa thèse à l'ouverture de ses observations finales en expliquant ce qui suit au jury :

[TRADUCTION]

[MINISTÈRE PUBLIC] En l'espèce, vous avez entendu [la plaignante], une femme âgée de 54 ans, vous dire qu'elle avait été agressée sexuellement. Elle et M. Goldfinch sont sortis ensemble pendant sept ou huit mois. Ils ont vécu ensemble. Elle a mis fin à la relation. Le témoignage qu'elle a donné sur ces éléments n'a pas été contredit. Elle vous a dit que c'était elle qui avait appelé M. Goldfinch. Il est passé la prendre chez elle. Elle était ouverte à la possibilité d'avoir des relations sexuelles avec lui. Lorsque M. Goldfinch l'a invitée à le suivre à l'étage inférieur, elle savait ce que cela voulait vraiment dire, et elle lui a bien fait comprendre qu'elle le suivrait en bas, mais qu'il n'y aurait pas de relation sexuelle.

(d.a., vol. III, p. 283)

[172] Dans son exposé final aux jurés, la juge du procès a donné les directives suivantes :

[TRADUCTION]

[LA COUR] Enfin, je tiens à vous parler du témoignage que vous avez entendu au sujet des relations sexuelles antérieures qu'ont eues M. Goldfinch et [la plaignante]. Vous avez entendu des éléments de preuve suivant lesquels M. Goldfinch et [la plaignante] étaient sortis ensemble, avaient vécu brièvement ensemble et avaient continué à avoir des relations sexuelles à l'occasion en 2014. Ces éléments de preuve vous expliquent un peu le contexte de leur relation. Vous ne devez toutefois pas utiliser ces éléments de preuve pour vous aider à décider ou à conclure que, en

intercourse with Mr. Goldfinch on May 29th, 2014. The fact that they had sexual relations in the past or the extent of their sexual relations is irrelevant to the issue of consent on this particular occasion. Our law requires that consent be given to sexual activity on each and every occasion.

Further, you must not use the evidence of their relationship to help you decide or infer that [the complainant] is less believable or reliable as a witness in this case, but you may consider any contradictions in her evidence about the nature of their relationship in assessing credibility, as you would with any witness.

(A.R., vol. III, at p. 362)

[173] The jury returned a verdict of not guilty.

IV. The Appeal — 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22

[174] The Crown appealed, arguing the trial judge erred by allowing the jury to hear that the appellant and complainant were friends with benefits, because it was used to advance inferences that were prohibited under s. 276(1) of the *Criminal Code* — specifically, that the complainant was more likely to consent to the sexual activity with the appellant, or that she was less worthy of belief overall. A majority at the Court of Appeal of Alberta agreed, and ordered a new trial (at paras. 1-55), with Berger J.A. dissenting. The relationship evidence had no relevant purpose other than to engage in prohibited reasoning, and its admission ran afoul of s. 276(1).

V. Analysis

[175] In order to appeal from an acquittal, the Crown must demonstrate that the trial judge erred on a point of law. The legal question before us is, therefore, whether the trial judge erred in law because

raison du caractère sexuel de leur relation, [la plaignante] est plus susceptible d’avoir consenti à avoir des relations sexuelles avec M. Goldfinch le 29 mai 2014. Le fait qu’ils ont eu des relations sexuelles dans le passé ou la fréquence de leurs relations sexuelles ne sont pas des éléments pertinents pour répondre à la question du consentement à cette occasion précise. Notre droit exige que le consentement à une activité sexuelle soit donné chaque fois.

De plus, vous ne devez pas utiliser les éléments de preuve concernant leur relation pour vous aider à décider ou à conclure que [la plaignante] est moins crédible ou moins digne de foi comme témoin dans cette cause-ci, mais vous pouvez tenir compte de toute contradiction que vous relevez dans son témoignage quant à la nature de sa relation avec M. Goldfinch pour évaluer sa crédibilité, comme vous le feriez pour tout autre témoin.

(d.a., vol. III, p. 362)

[173] Le jury a rendu un verdict d’acquiescement.

IV. L’appel — 2018 ABCA 240, 48 C.R. (7th) 22

[174] Le ministère public a interjeté appel de ce verdict en faisant valoir que la juge du procès avait commis une erreur en permettant aux jurés d’entendre que l’appelant et la plaignante étaient des amis-amants, puisque cet élément de preuve a servi à tirer des conclusions interdites par le par. 276(1) du *Code criminel* — en l’occurrence, que la plaignante était plus susceptible de consentir à avoir des rapports sexuels avec l’appelant ou qu’elle était moins digne de foi dans l’ensemble. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Alberta ont abondé dans le sens du ministère public et ont ordonné la tenue d’un nouveau procès (par. 1-55), le juge Berger était dissident. Les éléments de preuve relatifs à la relation n’avaient d’autre but pertinent que de se livrer à un raisonnement interdit et leur admission en preuve allait à l’encontre du par. 276(1).

V. Analyse

[175] Pour pouvoir interjeter appel d’un verdict d’acquiescement, le ministère public doit démontrer que le juge du procès a commis une erreur de droit. La question qui nous est soumise est par conséquent

some legal principle precludes relationship evidence, namely “friends with benefits” evidence, from being admitted in these circumstances. Any alleged errors reduce to this: either the trial judge erred, as the ordinary meaning of “friends with benefits” invariably leads the jury to engage in prohibited reasoning under s. 276(1), or she erred because the evidence that they were “friends with benefits” was simply not relevant to any issue at trial under s. 276(2)(b).

[176] With respect for those holding contrary views, no such errors are shown here.

A. *The Trial Judge Did Not Err in Permitting the Evidence to Filter Through Section 276(1)*

[177] Evidence that an accused and a complainant are in a friends with benefits relationship, without more, does not solely derive its relevance in a criminal trial from lines of reasoning prohibited by s. 276(1). But this is exactly what the majority finds: the obvious implication of friends with benefits is that the parties are in a relationship understandable *only* by reference to its sexual features. The evidence, then, is seen as denoting to the jury nothing more than a relationship characterized by (and *only* by) a repeated pattern of sexual activity; the allure of twin myth reasoning becomes irresistible.

[178] Respectfully, I do not share this starting premise. While I agree that the jury *could* draw from prohibited lines of reasoning in these circumstances, the test for exclusion under s. 276(1) is not satisfied merely where a jury *could* draw such inferences. The risk that the jury might erroneously infer consent from evidence of the nature of a relationship is a realistic danger in *all* relationship evidence — which, I note, the majority does not categorically exclude under s. 276(1). Rather, the test for exclusion under

celle de savoir si la juge du procès a commis une erreur de droit, étant donné qu’un principe de droit empêche dans ces circonstances d’admettre la preuve concernant la relation, en l’occurrence celle concernant la relation « amis-amants ». Toute erreur alléguée se réduit à ceci : soit la juge du procès a commis une erreur, puisque le sens courant de l’expression « amis-amants » mène invariablement le jury à adopter un raisonnement interdit par le par. 276(1), soit elle a commis une erreur parce que la preuve qu’ils entretenaient une relation « amis-amants » n’était tout simplement pas pertinente pour trancher les questions soulevées au procès comme l’exige l’al. 276(2)(b).

[176] En toute déférence pour les tenants de l’opinion contraire, j’estime qu’aucune erreur de ce genre n’a été démontrée en l’espèce.

A. *La juge du procès n’a pas commis d’erreur en autorisant que la preuve passe le test du par. 276(1)*

[177] La question de la pertinence de la preuve qu’un accusé et une plaignante entretiennent une relation amis-amants, sans plus, ne découle pas uniquement, dans le cadre d’un procès criminel, des raisonnements interdits par le par. 276(1). C’est toutefois exactement la conclusion à laquelle en arrivent mes collègues dans leur décision majoritaire : ce qui est manifestement implicite, selon eux, relativement aux amis-amants, c’est que les parties entretiennent une relation qui ne s’explique *qu’en* référence à son caractère sexuel. La preuve est donc perçue comme n’indiquant au jury rien de plus qu’une relation caractérisée par un schéma répété d’activités sexuelles (et par *rien d’autre*); l’attrait d’un raisonnement fondé sur les deux mythes devient irrésistible.

[178] Soit dit en tout respect, je ne souscris pas à cette prémisse. Bien que je convienne que le jury *pourrait* tirer des conclusions de raisonnements interdits dans de telles circonstances, il n’est pas satisfait au test d’exclusion prévu au par. 276(1) simplement parce qu’un jury *pourrait* tirer de telles conclusions. Le risque que le jury puisse tirer par erreur la conclusion qu’il y a eu consentement à partir de la preuve de la nature d’une relation constitue un danger réaliste, *quel que soit* le type de relation — ce que, je

s. 276(1) is whether the evidence solely derives its relevance from prohibited lines of reasoning.

[179] In other words, s. 276(1) categorically excludes evidence of *other* sexual activity where its relevance is premised on one or both of the twin myths. But that is only part of the inquiry. The analyses under ss. 276(1) and 276(2) are not isolated from each other. Rather, they apply together since s. 276(2) creates a presumption of inadmissibility, making all evidence of the complainant's sexual history inadmissible unless it is (a) of a sufficient specificity for the interests underlying s. 276 to be properly weighed, (b) relevant to an issue at trial that does not draw its relevance from prohibited lines of reasoning under s. 276(1),¹⁴ and (c) of significant probative value that is not substantially outweighed by its prejudicial effect (*R. v. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, at paras. 82-83; E. Craig, "Section 276 Misconstrued: The Failure to Properly Interpret and Apply Canada's Rape Shield Provisions" (2016), 94 *Can. Bar Rev.* 45, at p. 53). If the evidence cannot meet each of these statutory criteria under s. 276(2), it is inadmissible.

[180] In practice, therefore, the *voir dire* judge should determine whether the evidence is of specific instances of sexual activity, is relevant to an identifiable issue at trial that does not draw from prohibited lines of reasoning set out in s. 276(1), and has significant probative value that is not outweighed by substantial prejudice.

[181] To be clear, however, and to repeat: the test for exclusion under s. 276(1) is whether the evidence derives its relevance *solely* from twin myth

¹⁴ Parliament has clarified this by amending s. 276(2)(a) of the *Criminal Code* to state that evidence of other sexual activity cannot be adduced for the purpose of supporting an inference described in s. 276(1).

le souligne, les juges majoritaires n'excluent pas catégoriquement dans leur application du par. 276(1). Le test d'exclusion prévu à cette disposition consiste plutôt à se demander si la preuve ne tire sa pertinence que des raisonnements interdits.

[179] Autrement dit, le par. 276(1) exclut catégoriquement la preuve d'activités sexuelles *autres* que celle en cause lorsque la pertinence de cette preuve repose sur l'un ou l'autre des deux mythes ou sur les deux. Il ne s'agit toutefois là que d'une partie de l'examen. Les analyses prescrites par les par. 276(1) et 276(2) ne sont pas isolées l'une de l'autre. Ces dispositions s'appliquent plutôt conjointement, puisque le par. 276(2) crée une présomption d'inadmissibilité qui fait que toute preuve concernant les antécédents sexuels de la plaignante est inadmissible en preuve à moins : a) qu'elle renferme suffisamment de détails pour permettre au juge d'évaluer correctement les facteurs visés à l'art. 276; b) qu'elle soit en rapport avec un élément de la cause dont la pertinence ne repose pas sur un des raisonnements interdits par le par. 276(1)¹⁵ et c) que le risque d'effet préjudiciable de la preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante (*R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 40 C.R. (7th) 351, par. 82-83; E. Craig, « Section 276 Misconstrued : The Failure to Properly Interpret and Apply Canada's Rape Shield Provisions » (2016), 94 *R. du B. can.* 45, p. 53). Si la preuve ne peut satisfaire à chacun de ces critères prévus au par. 276(2), elle est irrecevable.

[180] En pratique, le juge chargé du voir-dire doit donc décider si la preuve porte sur des cas particuliers d'activités sexuelles, si elle est en rapport avec une question identifiable en cause au procès qui ne découle pas des raisonnements interdits décrits au par. 276(1), et si un effet préjudiciable important de la présentation de la preuve ne l'emporte pas sur sa valeur probante importante.

[181] Pour que mes propos soient bien clairs, je le répète : le test d'exclusion prévu au par. 276(1) consiste donc à se demander si la pertinence de la

¹⁵ Le législateur a clarifié cela en modifiant l'al. 276(2)a) du *Code criminel* pour qu'il prévoie maintenant que la preuve d'une autre activité sexuelle ne peut pas être présentée afin de permettre les déductions visées au par. 276(1).

reasoning. Section 276(1) does *not* operate to exclude evidence which merely “engages” (majority reasons, at para. 42) twin myth reasoning. Were “engagement” the test for categorical exclusion under s. 276(1), it would risk exclusion of *all* relationship evidence, or at least all evidence of relationships which also involve sexual activity, since that, too, would conceivably “engage” twin myth reasoning. Rather, relationship evidence will typically be filtered via the inquiry contemplated by s. 276(2)(b), being whether, *in this case*, the relationship evidence is relevant to an identifiable issue at trial.

[182] The heart of the Crown’s appeal is that “friends with benefits” is too “sexual” in its ordinary meaning, and therefore *solely* derives its relevance from prohibited lines of reasoning such that it is categorically excluded under s. 276(1). But the Crown does not explain why evidence of the relationship which this term denotes is objectionable, while evidence of other relationships which regularly pass through the filter of s. 276(1), and yet which might also suggest previous sexual activity — for example, “married”, “dating”, or “boyfriend-girlfriend”, or, for that matter, the Crown’s preferred relationship description in this case of former lovers who enjoy adult sleepovers — is not.

[183] The trial judge reasoned, entirely correctly in my view, that Canadian jurors understand that relationships come in many forms. And, in any event, she made the jury aware of the permissible purpose for which the evidence of *this* relationship was admitted (to explain how the appellant and the complainant knew each other), and of the impermissible inferences they could *not* draw from its use in popular imagination.

preuve découle *uniquement* des raisonnements fondés sur les deux mythes. Cette disposition *n’a pas* pour effet d’exclure une preuve qui ne fait qu’« intervenir » (motifs des juges majoritaires, par. 42) ces raisonnements. Si l’« intervention » était le test pour catégoriquement exclure la preuve en application du par. 276(1), cela risquerait d’exclure *toute* preuve relative à des relations, ou à tout le moins toute preuve de relations qui comportent une dimension sexuelle, puisqu’il est concevable que cela puisse aussi faire intervenir les raisonnements fondés sur les deux mythes. La preuve de relations sera typiquement plutôt filtrée en fonction de l’examen prévu à l’al. 276(2)b), soit en se demandant si, *dans le cas en cause*, la preuve de la relation est pertinente à une question identifiable lors du procès.

[182] La thèse du ministère public s’articule essentiellement autour de l’idée que le terme « amis-amants » a une connotation trop « sexuelle » dans son sens courant, et que la preuve à l’égard d’une relation de ce type tire donc sa pertinence *uniquement* des raisonnements interdits, de telle sorte qu’elle est catégoriquement exclue aux termes du par. 276(1). Le ministère public n’explique toutefois pas en quoi la preuve concernant la relation qu’évoque cette expression est condamnable, tandis que la preuve d’autres types de relations qui passent régulièrement le filtre du par. 276(1) et qui pourraient malgré tout également suggérer des antécédents sexuels — par exemple, celles qu’entretiennent des individus qui sont « mariés », qui « sortent ensemble » ou qui sont « copain-copine », ou, d’ailleurs, la description qu’a préconisé le ministère public dans la présente affaire, soit celle d’ex-amants qui aiment passer des nuits intimes adultes — n’est pas répréhensible.

[183] La juge du procès a expliqué, tout à fait correctement à mon avis, que les jurés canadiens savent bien qu’il existe divers types de relations. En tout état de cause, elle leur a aussi fait comprendre dans quel but permis la preuve de *cette* relation était admise — en l’occurrence, pour expliquer le contexte des fréquentations de l’appelant et de la plaignante — et elle leur a expliqué les conclusions interdites qu’ils *ne* pouvaient *pas* tirer de cette expression au sens qu’elle évoque dans l’imaginaire collectif.

[184] It follows that the foundation of the majority's test for admitting relationship evidence under s. 276(1) is that some relationships have aspects which transcend sexual intimacy, while other relationships (which also involve sexual activity) can be understood only through the lens of that sexual activity. The majority reduces the relationship in this case to its most carnal features, and leaves it to trial judges, moving forward, to determine whether the sexual features, real or imagined, of the particular relationship term before them would likely be used to engage in prohibited lines of reasoning. But, and I say this respectfully, this posture is unprincipled and rests on assumptions about relationships that I do not share. At the risk of stating the obvious, even relationships that involve sexual activity, but which lack the expectation or even desire of a more formal relationship such as marriage or common law partnership, can be about much more than the sexual activity. At the very least, evidence of such relationships will give important context to the non-sexual interactions between the parties to the relationship, which may be (as it is here) necessary to making full answer and defence.

[185] The majority sweeps these concerns aside. Instead, we are left only with the undesirable effect of the majority's reasons, being their creation of legally significant distinctions in this area of law between the "right" kind of relationship with sexual aspects (i.e., monogamous and stable) and the "wrong" kind of relationship with sexual aspects (friends with benefits, i.e., casual or occasional) (see U. Khan, "Hot for Kink, Bothered by the Law: BDSM and the Right to Autonomy" (Summer 2006), 41:2 *Law Matters* 17; L. A. Rosenbury, "Friends with Benefits?" (2007), 106 *Mich. L. Rev.* 189, at pp. 207-8).

[186] In the result, those who live outside the scope of relationships privileged by the majority (i.e., those who live in relationships which are neither

[184] Ainsi, le fondement du test énoncé par les juges majoritaires pour juger de l'admissibilité de la preuve de relations en application du par. 276(1) est que certaines relations comportent des aspects qui transcendent l'intimité sexuelle, alors que d'autres relations (qui comportent également une dimension sexuelle) ne peuvent être comprises que dans l'optique de cette activité sexuelle. Dans ce cas, les juges majoritaires réduisent la relation à ses caractéristiques les plus charnelles, et laissent aux juges de première instance le soin de déterminer, à l'avenir, si les caractéristiques sexuelles, réelles ou imaginaires, de la relation dont ils traitent sont susceptibles d'être utilisées à des fins de raisonnements interdits. Or, et je le dis en tout respect, cette posture n'est pas fondée sur des principes et repose sur des hypothèses que je ne partage pas concernant certaines relations. Au risque d'énoncer une évidence, même les relations qui comportent des activités sexuelles, mais qui ne supposent pas d'attentes quant à une union plus formelle ou même le désir d'établir une telle union, comme le mariage ou l'union de fait, ne se résument pas aux rapports sexuels. À tout le moins, la preuve présentée au sujet de ces relations fournira un contexte important au sujet des interactions non sexuelles entre les partenaires, ce qui peut être nécessaire — comme en l'espèce — pour garantir le droit à une défense pleine et entière.

[185] Les juges majoritaires négligent ces préoccupations. Il ne nous reste plus que l'effet indésirable de leurs motifs, soit la création de distinctions importantes sur le plan juridique dans ce domaine du droit entre le « bon » type de relations comportant des aspects sexuels (c.-à-d. celles monogames et stables) et le « mauvais » type de relations comportant des aspects sexuels (soit celles de type « amis-amants », c.-à-d. les relations occasionnelles ou sans attaches) (voir U. Khan, « Hot for Kink, Bothered by the Law : BDSM and the Right to Autonomy » (été 2006), 41:2 *Law Matters* 17; L. A. Rosenbury, « Friends with Benefits? » (2007), 106 *Mich. L. Rev.* 189, p. 207-208).

[186] Ainsi, ceux qui entretiennent des relations d'un type autre que celles privilégiées par les juges majoritaires (c.-à-d. ceux qui entretiennent

monogamous nor quasi-marital), are sacrificed, so to speak, to “majoritarian sexual morality” (E. Craig, “Capacity to Consent to Sexual Risk” (2014), 17 *New Crim. L. Rev.* 103; J. Sealy-Harrington, “Tied Hands? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent” (2014), 18 *Can. Crim. L. Rev.* 119, at p. 145). The majority may not find it troubling to privilege, in a way that goes to the heart of the ability to make full answer and defence, certain kinds of relationships over others, but I do, and I respectfully decline to follow my colleagues through this moral thicket.

[187] Further, the majority effectively reads out crucial parts of the common law from *Seaboyer* governing how trial judges should approach defence evidence (see also *R. v. Grant*, 2015 SCC 9, [2015] 1 S.C.R. 475, at para. 19) and resurrects the approach to evidence — specifically, of creating pre-determined categories of admissibility — which this Court rejected in *Seaboyer*. And finally, this approach downplays the text and purpose of statutory provisions like s. 276.4, which recognizes that evidence may be admissible for certain purposes yet inadmissible for other purposes, and makes a limiting instruction *mandatory* where any evidence of other sexual activity is introduced, even if it only refers to other sexual activity indirectly or implicitly, to cure prejudice and to warn the jury of the impermissible uses of that evidence.

[188] Here, the evidentiary ruling was *crystal clear*: the jury could be told the basic fact that the appellant and the complainant were “friends with benefits”, but could not be told about any details, including the frequency of sexual activity. The jury was instructed *twice* on the permissible use of the evidence (to provide context for how the appellant and the complainant knew each other) and its impermissible uses (to suggest that, because they were friends with benefits, the complainant was more likely to consent on this occasion, or was less

des relations qui ne sont ni monogames ni quasi-maritales) sont pour ainsi dire sacrifiées au profit de la [TRADUCTION] « moralité sexuelle de la majorité » (E. Craig, « Capacity to Consent to Sexual Risk » (2014), 17 *New Crim. L. Rev.* 103; J. Sealy-Harrington, « Tied Hands? A Doctrinal and Policy Argument for the Validity of Advance Consent » (2014), 18 *R.C.D.P.* 119, p. 145). Les juges majoritaires peuvent ne pas trouver troublant de privilégier certains types de relations par rapport à d’autres, et ce, d’une manière qui heurte de plein fouet la capacité de présenter une défense pleine et entière, mais j’estime pour ma part que ce l’est, et je refuse de m’engager à leur suite dans un tel dédale moral.

[187] En outre, l’approche préconisée par les juges majoritaires ignore des pans cruciaux des règles de common law établies dans l’arrêt *Seaboyer*, qui régissent la manière dont le juge du procès doit aborder la preuve de la défense (voir également *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 19) et redonne vie à une approche de la preuve — en l’occurrence celle consistant à créer des catégories préétablies d’admissibilité — que la Cour a rejetée dans l’arrêt *Seaboyer*. Enfin, cette approche réduit la portée du texte et l’objet de dispositions législatives comme l’art. 276.4 qui reconnaît qu’une preuve peut être admissible à certaines fins, mais non à d’autres, et qui *oblige* le juge à donner des directives restrictives au jury lorsqu’une preuve d’antécédents sexuels est présentée, même si cette preuve ne mentionne qu’indirectement ou implicitement les antécédents sexuels en question, pour réparer le préjudice causé et pour mettre le jury en garde contre les utilisations interdites de cette preuve.

[188] En l’espèce, la décision relative à la preuve était *limpide* : il était possible de dire au jury le fait élémentaire que l’appelant et la plaignante étaient des « amis-amants », mais pas les détails, quels qu’ils soient, de cette relation, y compris la fréquence de leurs activités sexuelles. À *deux reprises*, le jury a reçu des directives quant à l’utilisation permise de la preuve (soit pour fournir le contexte des fréquentations de l’appelant et de la plaignante) et sur ses utilisations interdites (soit pour suggérer que, parce qu’ils étaient amis-amants, la plaignante était plus

worthy of belief overall). I therefore cannot agree with the majority that the evidence should not have filtered through s. 276(1).

B. *The Trial Judge Did Not Err in Her Relevance Determination Under Section 276(2)(b)*

[189] Turning to s. 276(2)(b), the majority finds nothing in the appellant’s evidence which, absent the information that he and the complainant were friends with benefits, casts him in a particularly unfavourable light, or which would render his narrative “untenable” or “utterly improbable”. On this basis, the majority finds the trial judge’s determination that the nature of the relationship was relevant to the appellant’s ability to make full answer and defence to constitute reversible error.

[190] On this point, I cannot find fault with the principles relied on by the trial judge which led her to that conclusion. Section 276(2)’s evidentiary filter recognizes the relevance of evidence of a relationship between the complainant and the accused and therefore allows it to be admitted, but only where its absence would prevent the accused from making full answer and defence, by leaving the trier of fact with a distorted representation of the circumstances surrounding the incident (see *R. v. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (Ont. C.A.); *R. v. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85 (Ont. S.C.J.); *R. v. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179 (Ont. S.C.J.); *R. v. Blea*, [2005] O.J. No. 4191 (QL) (S.C.J.); *R. v. A.A.*, 2009 ABQB 602, 618 A.R. 137; *R. v. Provo*, 2018 ONCJ 474, 48 C.R. (7th) 1; see also Craig, “Section 276 Misconstrued”, at p. 75). The trial judge concluded this was such a circumstance. And, I repeat: *the Crown was substantially of the same view*. Its objection was *not to the admissibility* of evidence of the relationship, but to *the label*. Indeed, the Crown’s position has remained consistent that the nature of the relationship is *not* in dispute (A.R., vol. II, at p. 40; R.F.C.A., at para. 6; R.F., at para. 8): a former

susceptible de consentir à cette occasion, ou qu’elle était moins digne de foi dans l’ensemble). Je ne peux donc pas souscrire à l’opinion des juges majoritaires selon laquelle la preuve n’aurait pas dû passer le test du par. 276(1).

B. *La juge du procès n’a pas commis d’erreur dans sa détermination de la pertinence en application de l’al. 276(2)b*

[189] Se penchant ensuite sur l’al. 276(2)b, les juges majoritaires ne trouvent rien dans la preuve de l’appelant qui, outre le fait que ce dernier et la plaignante entretenaient une relation amis-amants, jette une lumière particulièrement défavorable sur lui, ou rendrait sa version des faits « indéfendable » ou « complètement improbable ». Sur ce fondement, ils concluent que la décision de la juge du procès que la nature de la relation était pertinente pour garantir le droit de l’appelant à une défense pleine et entière constitue une erreur donnant lieu à révision.

[190] Sur cette question, je ne puis rien reprocher à la juge du procès pour ce qui est des principes sur lesquels elle s’est fondée pour tirer cette conclusion. Le filtre de la preuve prévu au par. 276(2) reconnaît la pertinence d’une preuve concernant la relation qu’entretiennent la plaignante et l’accusé et permet donc son admission, mais uniquement si le défaut d’y avoir accès empêcherait l’accusé de présenter une défense pleine et entière et donnerait aux juges des faits une image déformée des circonstances entourant la perpétration de l’acte reproché (voir *R. c. Harris* (1997), 118 C.C.C. (3d) 498 (C.A. Ont.); *R. c. M. (M.)* (1999), 29 C.R. (5th) 85 (C.S.J. Ont.); *R. c. Temertzoglou* (2002), 11 C.R. (6th) 179 (C.S.J. Ont.); *R. c. Blea*, [2005] O.J. No. 4191 (QL) (C.S.J.); *R. c. A.A.*, 2009 ABQB 602, 618 A.R. 137; *R. c. Provo*, 2018 ONCJ 474, 48 C.R. (7th) 1; voir également Craig, « Section 276 Misconstrued », p. 75). La juge du procès a conclu que tel était le cas en l’espèce. En outre, je le répète, *le ministère public était essentiellement du même avis*. Son objection *ne* portait *pas* sur *l’admissibilité* de la preuve concernant la relation, mais sur *le terme employé*. D’ailleurs, l’avocate du ministère public a constamment affirmé que la

relationship — now a friendship — that, from time to time, involves sexual activity.

[191] Preventing distortion was necessary for the jury to assess the credibility of the appellant’s evidence, which was the most relevant and material issue with which the jury would have had to grapple. Indeed, it went to what Sopinka J. (albeit in dissent) once described as “the most fundamental rule of the game” (*R. v. W.(D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at p. 750; see also L. A. Silver, “The *WD* Revolution” (2018), 41 *Man. L.J.* 307), since it went to this accused’s capacity to raise a reasonable doubt on the strength of his own evidence. It is difficult to conceive of evidence of greater probative value than evidence that is essential to an accused’s ability to make full answer and defence. This is particularly so where, as here, the evidence of the complainant and the accused are diametrically opposed in every material respect, leaving credibility the most important issue at trial (*R. v. Crosby*, [1995] 2 S.C.R. 912, at para. 12, per L’Heureux-Dubé J.; see also *R. v. Nyznik*, 2017 ONSC 4392, 40 C.R. (7th) 241, at paras. 15-16).

[192] The majority gestures to these principles, but ultimately finds that this jury gained nothing of value by knowing the appellant and the complainant were in a relationship. It in no way assisted them as it weighed the plausibility of the appellant’s account, as it could have only been used to advance impermissible lines of reasoning.

[193] I am afraid I see the matter quite differently. To deny the appellant the ability to point to his relationship would in these circumstances disable the jury from meaningfully performing its central function of finding facts and seeking out the truth. How else, for example, could the jury properly assess his explanation for why he went over to the complainant’s residence to pick her up that evening (he owed

nature de la relation en l’espèce *n’était pas* en litige (d.a., vol. II, p. 40; m.a.c.a., par. 6; m.i., par. 8), et qu’il s’agissait d’une ancienne relation, muée en amitié depuis, dans le cadre de laquelle les parties avaient, à l’occasion, des relations sexuelles.

[191] Il fallait empêcher que le jury ait une image déformée des faits pour garantir qu’il soit en mesure d’évaluer la crédibilité du témoignage de l’appelant, la question la plus importante et la plus pertinente soumise à son appréciation. D’ailleurs, cette question concernait ce que le juge Sopinka — quoiqu’en dissidence — a déjà qualifié de « règle la plus fondamentale du système » (*R. c. W.(D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, p. 750; voir également L. A. Silver, « The *WD* Revolution » (2018), 41 *Man. L.J.* 307), car elle concerne la capacité de l’accusé en l’espèce de soulever un doute raisonnable en s’appuyant sur son propre témoignage. Il est difficile de concevoir une preuve qui aurait une valeur probante plus grande que celle qui est essentielle pour permettre à l’accusé de présenter une défense pleine et entière. Cela est d’autant plus vrai lorsque, comme en l’espèce, le témoignage de la plaignante et celui de l’accusé sont diamétralement opposés sur chaque point important, de sorte que la question de leur crédibilité est la plus importante à trancher au procès (*R. c. Crosby*, [1995] 2 R.C.S. 912, par. 12, la juge L’Heureux-Dubé; voir également *R. c. Nyznik*, 2017 ONSC 4392, 40 C.R. (7th) 241, par. 15-16).

[192] Les juges majoritaires font allusion à ces principes, mais finissent par conclure que les jurés n’ont rien appris d’utile en se faisant dire que l’appelant et la plaignante entretenaient une relation. Selon mes collègues, ce fait ne les a nullement aidés à évaluer la vraisemblance du récit de l’appelant, car il n’aurait pu être utilisé que pour tenir un raisonnement interdit.

[193] Je constate à regret que je vois les choses tout à fait différemment. Nier à l’appelant la capacité de parler de sa relation avec la plaignante revient dans ces circonstances à priver les jurés de leur capacité de remplir véritablement leur mission principale, soit celle de constater les faits et de rechercher la vérité. Sinon, comment, par exemple, le jury pourrait-il correctement évaluer les raisons

her “birthday sex”)? Or his mouthing, unprompted, at her “I’m going to fuck you” in the presence of his roommate? Or their bickering about which side of the bed she would sleep on to avoid “hot flashes”? Or his knowledge of her hot flashes? Or that the hot flashes occurred when she was on a certain side of his bed?

[194] To prohibit the appellant from explaining these statements, or this knowledge, by testifying that he was in a relationship with the complainant, is to force him to tell an incomplete story — a story which includes an account of the act but no explanation for how he and the complainant “got there”, and why he said what he said, and why he did what he did. More particularly, without this evidence, his actions (including his words and gestures) will have appeared to have arisen out of nowhere, creating a completely misleading impression on the jury. His right to make full answer and defence would be reduced to painting a picture of himself as (at best) crude and reckless, or (at worst) predatory.

[195] Ultimately, the majority suggests that the trial judge would *not* have erred had she simply accepted the Crown’s proposed language of former lovers, who, from time to time, had adult sleepovers. But it is far from clear that this is an improvement over “friends with benefits”, and indeed in my view it would appear more likely to invite prurient and speculative inferences. And, as Berger J.A. noted in his dissent in the court below, the Crown’s language would not have been necessarily accompanied by either of the *two* limiting instructions the trial judge gave at this trial. The jury’s collective mind would truly be left to wander. Instead, the trial judge concluded that allowing the jury to hear about the existence of a relationship, without hearing evidence about its particularities or frequency, prevented the appellant’s evidence from being considered through a distorted lens and ensured the appellant’s right to make full answer and defence was preserved. I find

données par l’appelant pour justifier qu’il soit allé chercher la plaignante chez elle pour la ramener chez lui ce soir-là (il lui devait [TRADUCTION] « du sexe pour son anniversaire »)? Ou le fait qu’il lui a dit spontanément « je vais te baiser », en présence de son colocataire? Ou leur querelle quant au côté du lit où elle dormirait pour éviter ses « bouffées de chaleur »? Ou le fait qu’il était au courant de ses bouffées de chaleur? Ou qu’elle avait des bouffées de chaleur lorsqu’elle dormait d’un certain côté du lit?

[194] Interdire à l’appelant d’expliquer ces déclarations, ou comment il était au courant de ces faits, en affirmant qu’il fréquentait la plaignante, revient à le forcer à raconter une histoire incomplète, qui comprend un récit de l’acte reproché, mais aucune explication quant à la façon dont la plaignante et lui « en sont arrivés là » et à la raison pour laquelle il a dit ce qu’il a dit et a fait ce qu’il a fait. Plus particulièrement, sans cette preuve, ses actes — y compris ses paroles et ses gestes — semblent avoir surgi de nulle part et créent dans l’esprit des jurés une impression qui les déroutera complètement. Son droit à une défense pleine et entière est limité à un point tel qu’il en est réduit à se dépeindre, au mieux, comme un être insensible et insouciant ou, au pire, comme un prédateur.

[195] En définitive, les juges majoritaires suggèrent que la juge du procès *n’aurait pas* commis d’erreur si elle avait simplement accepté la description de la relation proposée par le ministère public, soit celle d’ex-amants qui, à l’occasion, se voyaient pour passer des nuits intimes adultes. Il est toutefois loin d’être clair que cette description est préférable au terme « amis-amants » puisque, en fait, à mon avis, elle semble plus susceptible d’inciter à faire des inférences audacieuses et spéculatives. En outre, comme le juge Berger de la Cour d’appel l’a souligné dans sa dissidence, le terme utilisé par le ministère public *n’allait pas* nécessairement être accompagné de l’une ou l’autre des *deux* directives restrictives énoncées par la juge de première instance durant le procès. Les jurés, collectivement, seraient donc véritablement laissés dans le doute. La juge du procès a plutôt conclu que le fait de permettre que le jury entende parler de l’existence d’une relation, sans

nothing in the trial judge’s relevance assessment that constitutes reversible error.

C. *A New Trial Is Procedurally Unfair and Lowers the Graveline Standard*

[196] My third point of departure relates to fairness. I observe that it was *the Crown’s* cross-examination of the appellant which directly put the *sexual* nature of his relationship with the complainant at issue. And it was *the Crown* who suggested that he had sexually assaulted her because they hadn’t had sex recently. And it was *the Crown* who suggested that they had a “tumultuous relationship” marked with many arguments and her being upset with him but returning to him eventually. *The difference*, however, is that the Crown leaned into the existence of the relationship in order to advance a theory that, *because* they were in a sexual relationship, the jury should find that he expected sex and was angry when she refused. At the same time, however, the Crown insisted that the appellant be prohibited from rebutting that theory, if his evidence would in any way indirectly reveal to the jury that the complainant had engaged in *the same sexual activity that the Crown pointed to in support of its own theory*. This is, as I have already observed, fundamentally unfair.

[197] What also strikes me as fundamentally unfair is the majority’s characterization of the effects of the evidentiary ruling, in particular because the evidentiary ruling would not have revealed any direct evidence of other sexual activity (which is a critical consideration in the balancing mandated by

autre preuve sur ses particularités ou la fréquence des contacts, permettait d’éviter que le témoignage de l’appelant puisse être examiné à travers un prisme déformé et garantissait à l’appelant son droit de présenter une défense pleine et entière. Je ne vois rien dans l’évaluation de la pertinence menée par la juge du procès qui constitue une erreur donnant lieu à révision.

C. *La tenue d’un nouveau procès est injuste sur le plan procédural et abaisse la norme établie par Graveline*

[196] La troisième divergence entre mon point de vue et celui de mes collègues concerne l’équité. Je constate que c’est le contre-interrogatoire de l’appelant par *le ministère public* qui a directement mis en cause la nature *sexuelle* de la relation qu’entretenaient l’appelant et la plaignante. C’est également *le ministère public* qui a laissé entendre que l’appelant avait agressé sexuellement cette dernière parce qu’ils n’avaient pas eu de relation sexuelle récemment avant l’acte reproché. Et c’est *le ministère public* qui a suggéré qu’ils avaient une « relation tumultueuse » caractérisée par de nombreuses disputes et par le fait qu’elle se mettait en colère contre lui, mais qu’elle finissait toujours par revenir vers lui. *La différence*, toutefois, réside dans le fait que le ministère public a tablé sur l’existence de la relation pour défendre une théorie selon laquelle, *parce qu’ils* avaient des rapports sexuels dans le cadre de leur relation, le jury devait conclure que l’appelant s’attendait à des rapports sexuels et était en colère parce qu’elle avait refusé ses avances. Le ministère public a toutefois également insisté pour qu’on empêche l’appelant de réfuter cette thèse si son témoignage devait de quelque façon que ce soit révéler indirectement au jury que la plaignante avait eu *le même type d’activités sexuelles que celui allégué par le ministère public à l’appui de sa propre thèse*. Cette approche, comme je l’ai déjà mentionné, est fondamentalement injuste.

[197] La caractérisation qu’effectuent mes collègues majoritaires des effets de la décision relative à la preuve me paraît aussi fondamentalement injuste. C’est le cas notamment parce que la décision relative à la preuve n’aurait pas dévoilé de preuve directe d’autres activités sexuelles — ce qui constitue un

s. 276), had not *the Crown* chosen to pursue a line of questioning that directly contravened it. The ruling, it must be remembered, should have had the effect of only indirectly or incidentally revealing the complainant's other sexual activity, because no evidence could be elicited about "the specific sexual acts [the complainant] and the accused engaged in", or "the number of times they had sexual relations after they ceased living together" (A.R., vol. I, at p. 10). The s. 276 regime recognizes that differing degrees of prejudice will flow from certain types of sexual history evidence over others. A trial judge assesses the extent to which sexual history evidence will risk leading the jury *in this case* to draw prohibited inferences. This is a core feature of the discretion afforded to trial judges by s. 276 (*R. v. Darrach*, 2000 SCC 46, [2000] 2 S.C.R. 443, at paras. 19, 30, 36 and 71).

[198] The majority provides a helpful guide for trial judges on the exercise of discretion (paras. 74-75): where a trial judge is concerned about the jury improperly speculating on past sexual activity, the trial judge should clearly explain to the jury that they will not hear any evidence about whether the relationship included a sexual aspect; the jury must be instructed that no means no and that consent in the past in no way implies or assumes consent in the future; and if relationship evidence is admissible, it should be adduced through an agreed statement of facts, to minimize the need for examination and cross-examination.

[199] And yet, each of these principles was observed by the trial judge in her evidentiary ruling, her conversations with counsel, her cautions to the jury, and her final instructions. It was *the Crown's* decision not to adduce this evidence through an agreed statement of facts (as suggested by the trial judge) and *the Crown's* later contravention of the evidentiary ruling (which had the effect of introducing otherwise inadmissible evidence before the jury), that caused the problems at trial which the majority

facteur déterminant pour la recherche de l'équilibre exigée par l'art. 276 — si *le ministère public* n'avait pas décidé de poser des questions qui contrevenaient directement à cette disposition. On se souviendra que la décision en question n'aurait dû avoir pour effet que de révéler indirectement ou accessoirement les antécédents sexuels de la plaignante, car aucune preuve ne pouvait être présentée sur [TRADUCTION] « les activités sexuelles précises auxquelles [la plaignante] et l'accusé s'étaient livrés » ou sur « le nombre de relations sexuelles qu'ils ont eues après avoir cessé de faire vie commune » (d.a., vol. I, p. 10). Le régime créé par l'art. 276 reconnaît que les divers types de preuve d'antécédents sexuels peuvent donner lieu à divers degrés de préjudice. Il appartient au juge du procès de décider dans quelle mesure la preuve d'antécédents sexuels risque d'inciter le jury à tirer des conclusions interdites *dans la cause dont il est saisi*. Il s'agit là d'une caractéristique essentielle du pouvoir discrétionnaire conféré aux juges du procès par l'art. 276 (*R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 19, 30, 36 et 71).

[198] Les juges majoritaires proposent un guide utile aux juges du procès pour l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire (par. 74-75) : lorsque le juge du procès craint que les jurés ne spéculent indûment sur les antécédents sexuels de la plaignante, il doit leur expliquer clairement qu'ils n'entendront aucun témoignage sur une éventuelle composante sexuelle de la relation; il doit leur expliquer que « non, c'est non » et que le consentement donné dans le passé n'implique ni ne suppose d'aucune façon que ce même consentement sera donné à l'avenir; et si une preuve concernant la relation est admissible, elle doit être présentée dans un exposé conjoint des faits pour minimiser le besoin de mener un interrogatoire et un contre-interrogatoire.

[199] En l'espèce, la juge du procès a respecté chacun de ces principes dans sa décision relative à la preuve, lors des échanges qu'elle a eus avec les avocats, dans les mises en garde qu'elle a servies aux jurés, ainsi que dans ses directives finales. C'est la décision *du ministère public* de ne pas présenter cette preuve au moyen d'un exposé conjoint des faits — comme l'avait suggéré la juge du procès — et le fait que *le ministère public* a par la suite contrevenu à la décision relative à la preuve — soumettant ainsi

now, remarkably, lays at the feet of *the trial judge*. This strikes me as a wholly unacceptable basis for a successful *Crown* appeal from an acquittal.

[200] That Crown counsel’s caution in seeking clarification of the ruling (which is to be commended) did not prevent a contravention of that same ruling is demonstrative of a problem of application arising from the delicate balancing mandated by s. 276 (see D. Stuart, “Twin Myth Hypotheses in Rape Shield Laws are Too Rigid and *Darrach* is Unclear” (2009), 64 C.R. (6th) 74, at pp. 75-76). What is agreed to in advance can go off the rails when the witness takes the stand. The majority identifies this as such a case, but then resolves the problem of application in favour of the Crown. This is unfortunate, because the trial judge’s evidentiary ruling, as well as her numerous interventions in the trial, were faithful to (and not a departure from) the principles articulated in *Seaboyer* and *Darrach*. She applied the correct legal principles: such relationship evidence will be relevant where the accused would otherwise be prevented from making full answer and defence, and the features of the evidence only indirectly or incidentally reveal the complainant’s other sexual activity. In such a circumstance, full answer and defence cannot be achieved by confining accused persons to saying what happened and not allowing them to explain how, or why, or to produce any corroborating evidence. The significant probative value of such evidence would outweigh any prejudicial effect (particularly when accompanied, as it was here, by an appropriate limiting instruction), and the proper balance under s. 276 would be struck.

[201] Finally, the majority’s approach relieves the Crown of its high burden of demonstrating that a legal error had a material bearing on the jury’s verdict (see *R. v. Graveline*, 2006 SCC 16, [2006]

à l’appréciation des jurés une preuve par ailleurs inadmissible — qui sont à l’origine des problèmes survenus lors du procès, que les juges majoritaires imputent maintenant, étonnamment, à la *juge du procès*. Il s’agit là à mon sens d’un motif totalement inacceptable pour faire droit à l’appel d’un verdict d’acquiescement interjeté par *le ministère public*.

[200] La prudence dont a fait preuve l’avocate du ministère public en réclamant des éclaircissements au sujet de la décision — prudence dont on doit la féliciter — ne l’a pas empêchée d’y contrevenir. Cela témoigne d’un problème d’application qui s’explique par l’équilibre délicat exigé par l’art. 276 (voir D. Stuart, « Twin Myth Hypotheses in Rape Shield Laws are Too Rigid and *Darrach* is Unclear » (2009), 64 C.R. (6th) 74, p. 75-76). Ce dont il a été convenu à l’avance peut dérailler lorsque le témoin se présente à la barre. Les juges majoritaires estiment eux aussi que c’est ce qui s’est passé en l’espèce, mais ils règlent ensuite le problème d’application en faveur du ministère public. Voilà qui est regrettable, parce que la décision de la juge du procès relative à la preuve, ainsi que ses nombreuses interventions au procès, étaient fidèles aux principes énoncés dans les arrêts *Seaboyer* et *Darrach* et n’y dérogeaient pas. La juge du procès a appliqué les bons principes juridiques : une preuve comme celle en cause ici concernant la relation est pertinente lorsque l’accusé est, sans elle, empêché de présenter une défense pleine et entière et lorsque ses caractéristiques ne révèlent qu’indirectement ou accessoirement les antécédents sexuels de la plaignante. En pareil cas, le droit de l’accusé à une défense pleine et entière ne peut pas lui être assuré s’il n’est autorisé qu’à raconter que ce qui s’est passé et non à expliquer comment ni pourquoi les faits se sont produits ou à soumettre des preuves corroborantes. La grande valeur probante d’une telle preuve devrait l’emporter sur le risque qu’elle ait un effet préjudiciable (particulièrement lorsqu’elle est accompagnée, comme en l’espèce, d’une directive restrictive appropriée), de sorte que le juste équilibre visé par l’art. 276 serait atteint.

[201] Enfin, l’approche préconisée par les juges majoritaires épargne au ministère public de s’acquiescer du lourd fardeau qui lui incombe de démontrer qu’une erreur de droit a eu une incidence significative

1 S.C.R. 609). While the majority reasons that the relationship evidence tendered in this case would have had a material bearing on the acquittals, this does not account for the fact that the relationship evidence was relied on *by the Crown* against the appellant. And again, it was *the Crown*, and not the appellant, who contravened the evidentiary ruling and explored both the details (the location of previous sexual activity), and the frequency of the sexual activity.

[202] As Watt J.A. observed in *R. v. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273:

It is worth reminder that the appeal of the Attorney General is from the *acquittal*, not the admissibility ruling that is said to constitute an error in law. What is required is a demonstration of a legal error (in the admissibility ruling) and a nexus between the legal error and the verdict rendered (an acquittal). The authorities teach that acquittals are not to be overturned lightly. [Emphasis in original; para. 260.]

Here, the Crown has not established a sufficient nexus between the legal error and the verdict rendered. Again, I ask, how can the admission of this evidence be said to have had a material bearing on the acquittals, when *the Crown* was relying on the selfsame evidence to prove its case? The *Graveline* standard is not met on this record. I say respectfully that the majority's position undesirably waters down the *Graveline* standard in remitting this matter for a new trial.

VI. Conclusion

[203] Ultimately, I agree with the trial judge's chain of reasoning under s. 276. Making full answer and defence includes being allowed to tell a story that is complete and coherent by drawing from

sur le verdict du jury (voir l'arrêt *R. c. Graveline*, 2006 CSC 16, [2006] 1 R.C.S. 609). En dépit du point de vue de mes collègues majoritaires selon lequel la preuve concernant la relation présentée en l'espèce aurait eu une incidence importante dans la décision de prononcer des acquittements, cela ne tient pas compte du fait que *c'est le ministère public* qui s'est fondé sur cette preuve contre l'appelant. De plus, je le répète, *c'est le ministère public*, et non l'appelant, qui a dérogé à la décision relative à la preuve et qui a exploré les détails de la relation (le lieu de leur relation sexuelle précédente), et la fréquence de leurs relations sexuelles.

[202] Comme le juge Watt l'a noté dans l'arrêt *R. c. Luciano*, 2011 ONCA 89, 273 O.A.C. 273 :

[TRADUCTION] Il convient de se rappeler que l'appel interjeté par le procureur général porte sur le verdict d'*acquiescement* et non sur la décision concernant l'admissibilité qui constituerait une erreur de droit. Ainsi, il lui faut démontrer qu'une erreur de droit a été commise (dans la décision portant sur l'admissibilité) et qu'il existe un lien entre cette erreur et le verdict qui a été rendu (en l'occurrence un acquiescement). La jurisprudence nous enseigne qu'on ne doit pas annuler un acquiescement à la légère. [En italique dans l'original; par. 260.]

En l'espèce, le ministère public n'a pas démontré l'existence d'un lien suffisant entre l'erreur de droit qui aurait été commise et le verdict qui a été rendu. Je repose la question : comment peut-on prétendre que l'admission des éléments de preuve en cause a eu une incidence importante dans la décision de prononcer les acquittements lorsque *le ministère public* se fondait sur les éléments de preuve en question pour étayer sa thèse? Si l'on se fie au dossier dans la présente affaire, il n'a pas été satisfait à la norme établie par *Graveline*. Soit dit en tout respect, je soutiens que la décision de mes collègues majoritaires d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans la présente affaire dilue indûment cette norme établie par *Graveline*.

VI. Conclusion

[203] En fin de compte, je souscris au raisonnement de la juge du procès relatif à l'art. 276. Le droit à une défense pleine et entière suppose le droit d'être autorisé à donner une version des faits complète et cohérente en

relevant evidence whose probative value outweighs its prejudicial effects. This cannot be achieved by confining accused persons to saying what happened and not allowing them to explain how, or why, or to produce any corroborating evidence.

[204] Recognizing this, the trial judge in my view deftly managed a circumstance made difficult not only by the subject matter of the evidence, but by the Crown having exceeded the scope of the evidentiary ruling in her examination of the complainant. Her decision to admit this highly probative evidence for the limited purpose of allowing jurors to assess the plausibility of the appellant's account of what happened was faithful to *Seaboyer* (at p. 609) and to s. 276. And, her careful instruction to the jury regarding that limited purpose was sufficient to address any prejudicial effect arising. Jurors are “[not] morons, completely devoid of intelligence”, but are “conscientious”, “anxious to perform their duties”, and would not “be forgetful of instructions” (*W.(D.)*, at p. 761, per Cory J., citing *R. v. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (Ont. S.C.) (emphasis deleted); see also *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 695-96, per Dickson C.J.).

[205] This jury rendered its verdict, having been properly instructed on how to do so. I would allow the appeal and restore the acquittals.

Appeal dismissed, BROWN J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Deborah Hatch Law, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Alberta, Edmonton.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association of Ontario: Addario Law Group, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.

se servant d'éléments de preuve pertinents dont la valeur probante l'emporte sur leurs effets préjudiciables. On ne peut y parvenir en obligeant l'accusé à ne relater que ce qui s'est passé et en ne l'autorisant ni à expliquer comment et pourquoi les faits se sont déroulés, ni à produire des éléments de preuve corroborante.

[204] Reconnaissant cet état de fait, j'estime que la juge du procès a habilement géré une situation rendue difficile non seulement par l'objet de la preuve, mais aussi par le fait que le ministère public, dans son interrogatoire de la plaignante, a débordé du cadre établi par la décision relative à la preuve qu'elle avait rendue. Cette décision d'admettre une preuve qui avait une grande valeur probante dans le but limité de permettre au jury d'évaluer la plausibilité de la version des faits de l'appelant était fidèle à l'arrêt *Seaboyer* (p. 609) et à l'art. 276. En outre, les directives minutieuses qu'elle a données aux jurés au sujet de cet objectif limité suffisaient pour tenir compte de tout effet préjudiciable que cette preuve pouvait comporter. Les jurés « [ne] sont [pas] des crétiens, tout à fait dénués d'intelligence », ils sont plutôt « consciencieux[,] ils veulent remplir leur devoir de jurés » et ils « sont peu susceptibles d'oublier des directives » (*W.(D.)*, p. 761, le juge Cory, citant *R. c. Lane and Ross* (1969), 6 C.R.N.S. 273 (C.S. Ont.) (soulignement omis); voir également *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 695-696, le juge en chef Dickson).

[205] Le jury a rendu son verdict après avoir reçu des directives appropriées sur la façon de s'y prendre. J'accueillerais le pourvoi et je rétablirais les acquittements.

Pourvoi rejeté, le juge BROWN est dissident.

Procureur de l'appelant : Deborah Hatch Law, Edmonton.

Procureur de l'intimée : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenante la procureure générale de l'Ontario : Procureure générale de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association of Ontario : Addario Law Group, Toronto; Daniel Brown Law, Toronto.