

**Gregory Forsythe** *Appellant*;

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*.

1980: May 14; 1980: June 27.

Present: Laskin C.J. and Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Charge of rape — Certiorari — Motion to quash — Preliminary hearing — Committal for trial — Whether complainant compellable witness at in camera hearing — Questions on sexual conduct — Adequacy of notice and particulars — Denial of natural justice — Right to cross-examine — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 142, 455.3(1)(a), 468(1)(a).*

The appellant and a co-accused were charged with rape. During the preliminary inquiry, the appellant was denied the right to question the complainant with respect to her sexual conduct with persons other than himself in an *in camera* hearing held pursuant to s. 142(1) of the *Criminal Code*. A request of appellant's counsel to cross-examine a police sergeant on the notes he made during an interview with the complainant was also refused. The appellant was eventually committed for trial and he applied for an order quashing the committal for trial. The application was dismissed by the Supreme Court of Ontario and the appeal from that judgment was dismissed by the Court of Appeal.

*Held*: The appeal should be dismissed.

That *certiorari* may be invoked to quash a committal for trial is accepted law in Canada, but only in cases of lack or loss of jurisdiction, which can only occur when a magistrate fails to observe a mandatory provision of the *Criminal Code* or when there is a denial of natural justice, which denial, in the case of a preliminary inquiry, has to be a complete denial to the accused of a right to call witnesses or to cross-examine prosecution witnesses. Mere disallowance of questions on cross-examination or a ruling on the admissibility of evidence, even if erroneous, do not go to jurisdiction and do not open the way to *certiorari*. The refusal of a request to cross-examine a police sergeant on some notes does not, therefore, even if wrong, support reviewability on *certiorari*.

With respect to the *in camera* hearing, it is the first time that the interpretation and application of s. 142(1)

**Gregory Forsythe** *Appellant*;

et

**Sa Majesté La Reine** *Intimée*.

1980: 14 mai; 1980: 27 juin.

Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Dickson, Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard et Lamer.

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

*Droit criminel — Accusation de viol — Certiorari — Requête en cassation — Enquête préliminaire — Renvoi à procès — Plaignante contraignable ou non comme témoin à l'audition à huis clos — Questions sur le comportement sexuel — Avis et exposé adéquats — Déni de justice naturelle — Droit au contre-interrogatoire — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et modifications, art. 142, 455.3(1)a, 468(1)a.*

L'appellant et un coaccusé ont été accusés de viol. A l'enquête préliminaire, on a refusé à l'appellant le droit de poser des questions à la plaignante, sur son comportement sexuel avec une autre personne que lui, lors d'une audition à huis clos tenue en vertu du par. 142(1) du *Code criminel*. Une requête de l'avocat de l'appellant pour contre-interroger un sergent de police sur les notes qu'il avait prises pendant une entrevue avec la plaignante, lui a aussi été refusée. Il y a finalement eu renvoi à procès et l'appellant a demandé une ordonnance pour casser le renvoi à procès. La Cour suprême de l'Ontario a rejeté la requête en cassation et la Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté de ce jugement.

*Arrêt*: Le pourvoi est rejeté.

En droit canadien, il est reconnu que l'on peut avoir recours au *certiorari* pour faire casser un renvoi à procès mais seulement dans les cas de défaut ou de perte de compétence. Cela ne peut se produire que si un magistrat omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel* ou s'il y a un déni de justice naturelle, qui, dans le cas d'une enquête préliminaire, doit priver totalement l'accusé du droit de citer des témoins ou de contre-interroger les témoins de la poursuite. Le simple rejet de questions en contre-interrogatoire ou une décision, même erronée, sur l'admissibilité d'une preuve, ne porte pas atteinte à la compétence et n'ouvre pas la voie au *certiorari*. Le refus d'une requête en contre-interrogatoire d'un sergent de police sur ses notes ne justifie donc pas, même si elle est erronée, une révision par voie de *certiorari*.

A l'égard de l'audition à huis clos, c'est la première fois que cette Cour doit interpréter et appliquer le par.

of the *Criminal Code*, introduced in 1976, are before this Court. It cannot be doubted, having regard to the reference in s. 142(1) to "the judge, magistrate or justice", that its provisions apply to a preliminary inquiry. Section 142 has affected the prior law which disentitled an accused to pursue and seek to contradict a denial by a complainant of sexual misconduct with persons other than the accused. Section 142 may be regarded as balancing the interests of both the complainant (whereas she may now be required to answer the question in public, she may not have to do so if the Court rules against it although she may have to submit to the question in private) and the accused (whereas he could formerly put the question in public without necessarily being entitled to an answer, he now has the right of answer and the right to contradict it if the Court rules in his favour in the *in camera* hearing).

The presiding judge or magistrate should go into an *in camera* hearing in respect of the adequacy or sufficiency of the "reasonable notice" and the "particulars of evidence" required by clause (a) of s. 142(1). It would defeat the purpose of s. 142 if the notice and particulars were revealed prior to the *in camera* hearing. The requirement of particulars does not oblige the accused to set out the very questions that he seeks to put. The findings of the judge or magistrate on the adequacy or sufficiency of the notice and particulars are not reviewable on *certiorari* or on a motion to quash brought to challenge a committal for trial or to challenge a decision made in the course of a preliminary inquiry.

The *in camera* hearing being for the purpose, *inter alia*, of enabling the judge or magistrate to satisfy himself as to the weight of the evidence, evidence may be taken at the hearing, although the judge or magistrate may decide, after hearing submissions or representations of counsel, that he does not need to hear any evidence. If evidence is taken, the witnesses proposed to be called must be regarded as compellable, and the complainant, whose credibility is an issue of fact specified in s. 142(1)(b), must be equally compellable, becoming, however, the accused's witness if called by him at the hearing. However, the judge or magistrate has discretion to decide not to hear a proposed witness, be the witness the complainant or some other person, though he would generally be better able to exercise his judgment about a witness after hearing his evidence rather than by not hearing it at all. Here, the presiding judge did not think that any assistance would be provided by compelling the complainant to testify at an *in camera* hearing, and his decision does not amount to a denial of natural justice.

142(1) du *Code criminel*, adopté en 1976. Il ne fait aucun doute, que compte tenu du renvoi dans le par. 142(1) au «juge, ... magistrat ou ... juge de paix», il s'applique à une enquête préliminaire. L'article 142 a modifié le droit antérieur qui ne permettait pas à un accusé de chercher à contredire une plaignante qui niait toute inconduite sexuelle avec d'autres personnes. On peut considérer que l'art. 142 établit un équilibre entre les intérêts de la plaignante (même si elle peut maintenant devoir répondre aux questions en public, elle ne peut pas avoir à le faire si le tribunal en décide autrement, bien qu'elle puisse devoir y répondre en privé) et ceux de l'accusé (alors qu'il pouvait antérieurement poser les questions en public sans avoir nécessairement droit à une réponse, il a maintenant le droit d'obtenir une réponse et de la contredire si le tribunal tranche en sa faveur à l'audition à huis clos).

Le juge ou le magistrat président doit tenir une audition à huis clos sur le caractère adéquat ou suffisant de «l'avis raisonnable» et de «l'exposé de [la] valeur probante» exigés par l'al. 142(1)a). Ce serait faire échec à l'objet de l'art. 142 que de révéler l'avis et l'exposé avant l'audition à huis clos. L'exposé n'oblige pas l'accusé à formuler les questions précises qu'il veut poser. Les conclusions du juge ou du magistrat sur le caractère adéquat ou suffisant ne pourraient donner lieu à révision par voie de *certiorari* ou par requête en cassation pour contester un renvoi à procès ou une décision prise pendant l'enquête préliminaire.

Comme l'audition à huis clos a notamment pour but de permettre au juge ou au magistrat de se convaincre du poids de la preuve, des témoignages peuvent être recueillis à l'audition, mais le juge ou le magistrat peut décider, après avoir entendu les plaidoiries ou les observations des avocats, qu'il n'a pas besoin d'entendre de témoignages. Si des témoignages sont recueillis, il faut considérer les témoins que l'on se propose de citer comme contraignables, et la plaignante, dont le crédit est une question de fait spécifiée à l'al. 142(1)b), doit l'être également, devenant, cependant, le témoin de l'accusé si elle est citée par lui à l'audition. Cependant, le juge ou le magistrat jouit d'un pouvoir discrétionnaire afin de décider d'entendre un témoin proposé, qu'il s'agisse de la plaignante ou d'autres personnes; il sera toutefois généralement plus en mesure d'exercer son jugement à l'égard d'un témoin après avoir entendu son témoignage que s'il ne l'entend pas du tout. Ici, le juge président n'a pas estimé qu'obliger la plaignante à témoigner à l'audition à huis clos serait utile et sa décision ne constitue pas un déni de justice naturelle.

*R. v. Botting*, [1966] 2 O.R. 121; *Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. v. Fortin*, [1968] Que. Q.B. 536; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 140; *Attorney General for Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305; *R. v. Moulton*, [1980] 1 W.W.R. 711; *R. v. Roussel* (1979), 10 C.R. (3d) 184; *R. v. Lawson* (1978), 39 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Morris* (1977), 1 C.R. (3d) 284; *R. v. O'Brien* (1976), 31 C.C.C. (2d) 396; *R. v. MacIntyre* (1978), 42 C.C.C. (2d) 217; *R. v. McKenna, McKinnon and Nolan* (1976), 32 C.C.C. (2d) 210; *R. v. Finnessey* (1906), 10 C.C.C. 347; *R. v. Basken and Kohl* (1974), 21 C.C.C. (2d) 321; *R. v. Krausz* (1973), 57 Cr. App. R. 466, referred to.

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for Ontario<sup>1</sup>, dismissing an appeal from a judgment of the Supreme Court of Ontario<sup>2</sup> dismissing an application for an order quashing the appellant's committal for trial on a charge of rape. Appeal dismissed.

*Keith E. Wright*, for the appellant.

*Bonnie J. Wein*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—The issue in this appeal, which is here by leave of this Court, is whether the appellant is entitled to quash on *certiorari* a committal for trial on a charge of rape. This issue engages *Criminal Code*, s. 142, as enacted by 1974-75-76 (Can.), c. 93, s. 8. The application to quash was dismissed by Hollingworth J., and his judgment was affirmed by the Ontario Court of Appeal without calling on counsel for the respondent Crown. Brooke J.A., in very short reasons, stated that the Court of Appeal was “in substantial agreement with the judgment of Mr. Justice Hollingworth, and in our view on the facts of this case he was correct in refusing to make the order [to quash]”. I shall come shortly to Judge Hollingworth's reasons but I wish first to delineate the grounds upon which a committal for trial may be quashed.

<sup>1</sup> (1978), 27 Chitty's L.J. 36.

<sup>2</sup> (1978), 26 Chitty's L.J. 311.

Jurisprudence: *R. v. Botting*, [1966] 2 O.R. 121; *Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. c. Fortin*, [1968] B.R. 536; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations de travail du Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140; *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305; *R. v. Moulton*, [1980] 1 W.W.R. 711; *R. v. Roussel* (1979), 10 C.R. (3d) 184; *R. v. Lawson* (1978), 39 C.C.C. (2d) 85; *R. v. Morris* (1977), 1 C.R. (3d) 284; *R. v. O'Brien* (1976), 31 C.C.C. (2d) 396; *R. v. MacIntyre* (1978), 42 C.C.C. (2d) 217; *R. v. McKenna, McKinnon and Nolan* (1976), 32 C.C.C. (2d) 210; *R. v. Finnessey* (1906), 10 C.C.C. 347; *R. v. Basken and Kohl* (1974), 21 C.C.C. (2d) 321; *R. v. Krausz* (1973), 57 Cr. App. R. 466.

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>1</sup>, qui a rejeté un appel interjeté d'un jugement de la Cour suprême de l'Ontario<sup>2</sup> qui avait rejeté la requête de l'appelant visant la cassation d'un renvoi à procès sur une accusation de viol. Pourvoi rejeté.

*Keith E. Wright*, pour l'appelant.

*Bonnie J. Wein*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La question en litige dans ce pourvoi, interjeté avec l'autorisation de cette Cour, est celle de savoir si l'appelant a droit de faire casser par *certiorari* un renvoi à procès sur une accusation de viol. Cette question met en jeu l'art. 142 du *Code criminel*, édicté par 1974-75-76 (Can.), chap. 93, art. 8. Le juge Hollingworth a rejeté la requête en cassation et la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé sa décision sans demander au substitut du procureur général intimé de plaider. Le juge Brooke, dans de très courts motifs, a dit que la Cour d'appel était [TRADUCTION] «substantiellement d'accord avec la décision du juge Hollingworth et, compte tenu de notre interprétation des faits de l'espèce, il a eu raison de refuser de rendre l'ordonnance [de cassation]». Je viendrai bientôt au jugement du juge Hollingworth, mais je désire d'abord délimiter les motifs qui justifient la cassation d'un renvoi à procès.

<sup>1</sup> (1978), 27 Chitty's L.J. 36.

<sup>2</sup> (1978), 26 Chitty's L.J. 311.

That *certiorari* may be invoked to quash a committal for trial is accepted law in Canada: see *R. v. Botting*<sup>3</sup>; *Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. v. Fortin*<sup>4</sup>. The fact that it is a discretionary remedy and may be refused where there is another recourse does not affect resort to it in respect of a committal for trial since there is no other recourse. Committals for trial are not appealable and can only be challenged by *certiorari* or motion to quash. What then are the grounds upon which a successful challenge may be made? In *Patterson v. The Queen*<sup>5</sup>, this Court stated that lack of jurisdiction was the only ground for quashing a committal for trial. The decision was based upon a particular fact situation. Counsel for the accused sought, on the preliminary inquiry, to compel production of a statement given to the police by a prosecution witness. Although the request for production was denied, the defence was not prohibited from cross-examining on the contents of the statement. It discontinued cross-examination without seeking to delve into the statement. This Court held that even if the denial of production was wrong (and it held that it was not), this did not go to jurisdiction. Spence J., in dissent, felt that there was a denial of natural justice (and hence a jurisdictional error) by viewing the facts as depriving the accused of the right to cross-examine given by what is now *Criminal Code*, s. 468(1)(a).

In speaking of lack of jurisdiction, this Court was not referring to lack of initial jurisdiction of a judge or a magistrate to enter upon a preliminary inquiry. This is hardly a likelihood. The concern rather was with the loss of this initial jurisdiction and, in my opinion, the situations in which there can be a loss of jurisdiction in the course of a preliminary inquiry are few indeed. However, jurisdiction will be lost by a magistrate who fails to observe a mandatory provision of the *Criminal*

En droit canadien, il est reconnu que l'on peut avoir recours au *certiorari* pour faire casser un renvoi à procès: voir *R. v. Botting*<sup>3</sup>; *Chromium Mining and Smelting Corp. Ltd. c. Fortin*<sup>4</sup>. Le fait qu'il s'agit d'un recours de nature discrétionnaire, qui peut être refusé s'il en existe un autre, n'a pas d'incidence sur son emploi dans le cas d'un renvoi à procès car il n'existe pas d'autre recours. Les renvois à procès ne sont pas susceptibles d'appel et ne peuvent être contestés que par *certiorari* ou requête en cassation. Dans quels cas pourra-t-on les faire casser? Dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*<sup>5</sup>, cette Cour a dit que le défaut de compétence est le seul motif qui permette de casser un renvoi à procès. La décision se fondait sur une situation de fait particulière. L'avocat de l'accusé avait, à l'enquête préliminaire, cherché à exiger la production d'une déclaration faite à la police par un témoin de la poursuite. Bien que la demande de production ait été rejetée, la défense n'a pas été empêchée de contre-interroger sur le contenu de la déclaration. Elle a cessé le contre-interrogatoire sans s'attarder davantage sur la déclaration. Cette Cour a décidé que même si le refus de production était erroné (et elle a décidé que ce n'était pas le cas), cela ne portait pas atteinte à la compétence. Le juge Spence, dissident, était d'avis qu'il y avait eu un déni de justice naturelle (et, par conséquent, une erreur portant atteinte à la compétence) parce que, suivant son interprétation des faits, l'accusé avait été privé du droit de contre-interroger que lui donnait ce qui est maintenant l'al. 468(1)a) du *Code criminel*.

En parlant du défaut de compétence, cette Cour ne faisait pas référence au défaut de compétence initial du juge ou du magistrat de commencer une enquête préliminaire. C'est un cas peu probable. Il s'agissait plutôt de la perte de cette compétence initiale et, à mon avis, il n'y a que fort peu de cas où il peut y avoir perte de compétence pendant une enquête préliminaire. Cependant, un magistrat perdra compétence s'il omet de se conformer à une disposition impérative du *Code criminel*: voir l'ar-

<sup>3</sup> [1966] 2 O.R. 121.

<sup>4</sup> [1968] Que. Q.B. 536.

<sup>5</sup> [1970] S.C.R. 409.

<sup>3</sup> [1966] 2 O.R. 121.

<sup>4</sup> [1968] B.R. 536.

<sup>5</sup> [1970] R.C.S. 409.

*Code*: see *Doyle v. The Queen*<sup>6</sup>. Canadian law recognizes that a denial of natural justice goes to jurisdiction: see *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal v. Labour Relations Board of Quebec*<sup>7</sup>. In the case of a preliminary inquiry, I cannot conceive that this could arise otherwise than by a complete denial to the accused of a right to call witnesses or of a right to cross-examine prosecution witnesses. Mere disallowance of a question or questions on cross-examination or other rulings on proffered evidence would not, in my view, amount to a jurisdictional error. However, the judge or magistrate who presides at a preliminary inquiry has the obligation to obey the jurisdictional prescriptions of s. 475 of the *Criminal Code*.

In *Attorney General for Quebec v. Cohen*<sup>8</sup>, this Court was faced with an attempt by an accused to quash a decision of a magistrate during the course of a preliminary inquiry and before there was a committal for trial. Pigeon J., speaking for this Court, noted that this was an unprecedented proceeding. The decision which the accused sought to quash was a refusal by the magistrate to allow accused's counsel to put questions to a Crown witness on cross-examination in respect of depositions taken *ex parte* and *in camera*, under *Criminal Code*, s. 455.3(1)(a), by a magistrate before whom an information had been laid against the accused. An order to quash was denied on the ground that a ruling on the admissibility of evidence, even if erroneous, did not go to jurisdiction. There can be no gainsaying the correctness of this conclusion.

I come now to *Criminal Code*, s. 142 and to the course of proceedings before Provincial Court Judge McMahon and to the reasons of Hollingworth J. on the motion to quash the committal for trial. *Criminal Code*, s. 142 reads as follows:

142. (1) Where an accused is charged with an offence under section 144 or 145 or subsection 146(1) or 149(1), no question shall be asked by or on behalf of the accused

rêt *Doyle c. La Reine*<sup>6</sup>. Le droit canadien reconnaît qu'un déni de justice naturelle porte atteinte à la compétence: voir l'arrêt *Alliance des Professeurs catholiques de Montréal c. Commission des relations de travail du Québec*<sup>7</sup>. Dans le cas d'une enquête préliminaire, je ne peux concevoir que cela se produise à moins que l'accusé ne se voie totalement refuser le droit de citer des témoins ou de contre-interroger les témoins de la poursuite. Le simple rejet d'une ou de plusieurs questions en contre-interrogatoire ou d'autres décisions sur la preuve avancée ne constituent pas, à mon avis, une erreur portant atteinte à la compétence. Cependant, le juge ou le magistrat présidant à l'enquête préliminaire doit obéir aux dispositions relatives à la compétence de l'art. 475 du *Code criminel*.

Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Cohen*<sup>8</sup>, un accusé a tenté de faire casser par cette Cour une décision d'un magistrat rendue pendant l'enquête préliminaire, avant qu'il n'y ait eu renvoi à procès. Le juge Pigeon, parlant au nom de cette Cour, a souligné qu'il n'existait aucun précédent. L'accusé cherchait à faire casser le refus du magistrat de permettre à son avocat de contre-interroger un témoin du ministère public relativement à des dépositions reçues *ex parte* et à huis clos, en vertu de l'al. 455.3(1)a) du *Code criminel*, par un magistrat qui avait reçu une dénonciation contre l'accusé. Une ordonnance de cassation a été refusée pour le motif qu'une décision, même erronée, sur l'admissibilité d'une preuve, ne porte pas atteinte à la compétence. On ne peut nier la justesse de cette conclusion.

J'en viens maintenant à l'art. 142 du *Code criminel*, au déroulement des procédures devant le juge McMahon de la Cour provinciale et aux motifs du juge Hollingworth sur la requête en cassation du renvoi à procès. L'article 142 du *Code criminel* dispose:

142. (1) Toute personne inculpée d'une infraction aux articles 144 ou 145 ou aux paragraphes 146(1) ou 149(1) ou son représentant ne doivent poser de questions

<sup>6</sup> [1977] 1 S.C.R. 597.

<sup>7</sup> [1953] 2 S.C.R. 140.

<sup>8</sup> [1979] 2 S.C.R. 305.

<sup>6</sup> [1977] 1 R.C.S. 597.

<sup>7</sup> [1953] 2 R.C.S. 140.

<sup>8</sup> [1979] 2 R.C.S. 305.

as to the sexual conduct of the complainant with a person other than the accused unless

(a) reasonable notice in writing has been given to the prosecutor by or on behalf of the accused of his intention to ask such question together with particulars of the evidence sought to be adduced by such question and a copy of such notice has been filed with the clerk of the court; and

(b) the judge, magistrate or justice, after holding a hearing *in camera* in the absence of the jury, if any, is satisfied that the weight of the evidence is such that to exclude it would prevent the making of a just determination of an issue of fact in the proceedings, including the credibility of the complainant.

(2) The notice given under paragraph (1)(a) and the evidence taken, the information given or the representations made at a hearing referred to in paragraph (1)(b) shall not be published in any newspaper or broadcast.

(3) Every one who, without lawful excuse the proof of which lies upon him, contravenes subsection (2) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(4) In this section, "newspaper" has the same meaning as it has in section 261.

(5) In this section and in section 442, "complainant" means the person against whom it is alleged that the offence was committed.

I have reproduced the whole section although the issues in this case touch only subs. 1(a) and (b), as amplified by subs. (2).

The interpretation and application of s. 142(1) is before this Court for the first time, but it has been the subject of case law in the Courts of Appeal of Alberta and British Columbia (see *R. v. Moulton*<sup>9</sup>, *R. v. Roussel*<sup>10</sup> and *R. v. Lawson*<sup>11</sup>); in the Supreme Court of British Columbia (see *R. v. Morris*<sup>12</sup>); in District Courts in Newfoundland and in Ontario (see *R. v. O'Brien*<sup>13</sup>); *R. v. MacIntyre*<sup>14</sup> and in a Provincial Court of Ontario (see *R. v.*

sur le comportement sexuel de la plaignante avec une autre personne

a) que si le prévenu ou son représentant ont donné par écrit, à la partie demanderesse, un avis raisonnable de leur intention de poser ces questions, dont copie a été déposée auprès du greffier de la cour accompagné d'un exposé de leur valeur probante; et

b) que si le juge, le magistrat ou le juge de paix, après tenue d'une audition à huis clos, en l'absence du jury, sont convaincus de la valeur de la preuve au point que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante.

(2) Il est interdit de diffuser dans un journal ou à la radio l'avis donné conformément à l'alinéa (1)a), la preuve avancée, les renseignements donnés ou les observations faites lors d'une audition mentionnée à l'alinéa (1)b).

(3) Quiconque, sans excuse légitime dont la preuve lui incombe, ne se conforme pas au paragraphe (2) est coupable d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

(4) Au présent article, «journal» a le même sens qu'à l'article 261.

(5) Au présent article et à l'article 442, «plaignante» désigne la victime de la présumée infraction.

J'ai reproduit l'article au complet bien que les questions en litige en l'espèce ne concernent que les al. (1)a) et (1)b), dont la portée est explicitée par le par. (2).

C'est la première fois que cette Cour doit interpréter et appliquer le par. 142(1), mais cette disposition a fait l'objet de décisions des cours d'appel de l'Alberta et de la Colombie-Britannique (voir *R. v. Moulton*<sup>9</sup>, *R. v. Roussel*<sup>10</sup> et *R. v. Lawson*<sup>11</sup>); de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (voir *R. v. Morris*<sup>12</sup>); des Cours de district de Terre-Neuve et de l'Ontario (voir *R. v. O'Brien*<sup>13</sup>); *R. v. MacIntyre*<sup>14</sup> et d'une Cour provinciale de

<sup>9</sup> [1980] 1 W.W.R. 711.

<sup>10</sup> (1979), 10 C.R. (3d) 184.

<sup>11</sup> (1978), 39 C.C.C. (2d) 85.

<sup>12</sup> (1977), 1 C.R. (3d) 284.

<sup>13</sup> (1976), 31 C.C.C. (2d) 396.

<sup>14</sup> (1978), 42 C.C.C. (2d) 217.

<sup>9</sup> [1980] 1 W.W.R. 711.

<sup>10</sup> (1979), 10 C.R. (3d) 184.

<sup>11</sup> (1978), 39 C.C.C. (2d) 85.

<sup>12</sup> (1977), 1 C.R. (3d) 284.

<sup>13</sup> (1976), 31 C.C.C. (2d) 396.

<sup>14</sup> (1978), 42 C.C.C. (2d) 217.

*McKenna, McKinnon and Nolan*<sup>15</sup>). There has been advertence in this line of cases to what the various courts have considered to be the purpose of s. 142, namely, to alleviate the trauma and the humiliation and embarrassment of a complainant by an inquiry into her past sexual conduct with persons other than the accused. The provision also appears, however, to balance the interests of an accused because, under the prior law, a denial of sexual misconduct with others precluded any further inquiry into what was considered to be a collateral issue. However, inquiry into previous sexual encounters with the accused was not a collateral matter into which inquiry was foreclosed by a denial. It was relevant to consent which is so often the main issue in sexual offences. It was, also, open to an accused under the prior law to ask questions as to the complainant's general reputation for chastity, as a matter going to credibility and consent, but the accused was entitled to bring evidence to contradict a denial of unchastity, subject in some circumstances to the discretion of the trial judge to disallow such questions: see *R. v. Finnessey*<sup>16</sup>, at p. 351; *R. v. Basken and Kohl*<sup>17</sup>, at p. 337; and see also the wider scope of questions as to general reputation for prostitution approved in *R. v. Krausz*<sup>18</sup>, at p. 472. These last mentioned inquiries are not directly affected by s. 142.

In indicating as I have that, in my opinion s. 142 has affected the prior law which disentitled an accused to pursue and seek to contradict a denial by a complainant of sexual misconduct with others, I am endorsing a view that was expressed by Meredith J. in *R. v. Morris, supra*. This, however, is not the view taken by McDermid J.A. in *R. v. Moulton, supra*, at p. 726. He said this:

l'Ontario (voir *R. v. McKenna, McKinnon and Nolan*<sup>15</sup>). Cette jurisprudence fait allusion à ce que les différents tribunaux ont considéré être l'objet de l'art. 142, savoir, atténuer le traumatisme, l'humiliation et la gêne causés à une plaignante par une enquête sur son comportement sexuel passé avec d'autres personnes que l'accusé. Cependant, la disposition tient également compte des intérêts de l'accusé parce qu'en vertu du droit antérieur, si la plaignante niait toute inconduite sexuelle avec d'autres personnes, cela empêchait toute autre enquête sur ce qui était considéré comme une question accessoire. Cependant, une enquête sur les relations sexuelles antérieures de la plaignante avec l'accusé n'était pas une question accessoire à l'égard de laquelle une dénégation empêchait de poursuivre l'enquête. Elle était pertinente au consentement qui est si souvent la principale question en litige dans les infractions d'ordre sexuel. Un accusé pouvait également, selon le droit antérieur, poser à la plaignante des questions sur sa réputation générale de chasteté, en tant que question touchant au crédit à lui accorder et au consentement, mais l'accusé avait le droit d'avancer une preuve pour contredire la plaignante si elle niait avoir eu des relations sexuelles antérieurement, sous réserve, en certaines circonstances, du pouvoir discrétionnaire du juge du procès d'interdire pareilles questions: voir *R. v. Finnessey*<sup>16</sup>, à la p. 351; *R. v. Basken and Kohl*<sup>17</sup>, à la p. 337; et voir également l'arrêt *R. v. Krausz*<sup>18</sup>, à la p. 472 où l'on a autorisé des questions d'une portée plus vaste se rapportant à une réputation générale de prostitution. Les questions de la nature de celles mentionnées en dernier lieu ne sont pas directement touchées par l'art. 142.

En disant qu'à mon avis, l'art. 142 a modifié le droit antérieur qui ne permettait pas à un accusé de chercher à contredire une plaignante qui niait tout inconduite sexuelle avec d'autres personnes, j'adopte l'opinion du juge Meredith dans l'arrêt *R. v. Morris*, précité. Cela, cependant, n'est pas l'opinion du juge McDermid de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Moulton*, précité, à la p. 726. Il y dit ceci:

<sup>15</sup> (1976), 32 C.C.C. (2d) 210.

<sup>16</sup> (1906), 10 C.C.C. 347.

<sup>17</sup> (1974), 21 C.C.C. (2d) 321.

<sup>18</sup> (1973), 57 Cr. App. R. 466.

<sup>15</sup> (1976), 32 C.C.C. (2d) 210.

<sup>16</sup> (1906), 10 C.C.C. 347.

<sup>17</sup> (1974), 21 C.C.C. (2d) 321.

<sup>18</sup> (1973), 54 Cr. App. R. 466.

The rules as to the examination of a complainant as to her sexual conduct are judge-made rules. In my opinion if Parliament had intended to extend the rights of an accused by providing that evidence could be called to contradict a complainant's evidence in respect of specific acts of sexual intercourse with men other than the accused it would have so provided specifically and not by implication.

Since McDermid J.A. also held that a complainant could be a compellable witness at an *in camera* hearing under s. 142(1)(b) (a point which I address later in these reasons), I am puzzled by his statement quoted above. If the presiding judge or magistrate finds in an *in camera* hearing that the conditions upon which questions may be asked about sexual misconduct by the complainant with others have been met, it follows that her credibility becomes an issue of fact which can properly be pursued upon the resumption of the preliminary inquiry or of the trial, as the case may be. The accused, in making his defence, is not limited to cross-examining the complainant to expose the falsity of a denial of sexual encounters with others (if she does deny them), but may put forward other witnesses (those whose evidence was given in the *in camera* hearing) to impugn the credibility of the complainant. If this cannot be done, s. 142 becomes almost a dead letter, notwithstanding that the judge or magistrate, who has taken evidence in an *in camera* hearing, has concluded that to exclude the evidence, including that going to the credibility of the complainant, would prevent the making of a just determination of her credibility and of other issues of fact in the proceedings against the accused. I would note too that Lieberman J.A. in the *Moulton* case takes a view contrary to that of McDermid J.A. and one in conformity with *R. v. Morris*.

It follows from the foregoing that the complainant must now answer the type of question envisaged by s. 142(1) and must do so in public, unless the Court, in the exercise of its discretion, refuses to allow such an inquiry after the *in camera* hearing. It may refuse because, for example, counsel for the accused is engaging in a fishing expedition and has no reasonable basis for putting such a question. Of course, the accused must not

[TRADUCTION] Les règles relatives à l'interrogatoire d'une plaignante sur son comportement sexuel sont de nature prétorienne. A mon avis, si le législateur avait voulu étendre les droits d'un accusé en établissant que des témoins pouvaient être cités pour contredire le témoignage d'une plaignante à l'égard de relations sexuelles données avec d'autres hommes que l'accusé, il l'aurait dit expressément et non tacitement.

Cette déclaration me laisse perplexe car le juge McDermid a également statué qu'une plaignante était un témoin contraignable à une audition à huis clos tenue conformément à l'al. 142(1)(b) (un point dont je traite plus loin dans ces motifs). Si le juge ou le magistrat président conclut lors d'une audition à huis clos que les conditions permettant de poser des questions sur l'inconduite sexuelle de la plaignante avec d'autres personnes ont été remplies, il en découle que le crédit à accorder à cette dernière devient une question de fait qui peut à bon droit être approfondie à la reprise de l'enquête préliminaire ou du procès, selon le cas. Dans sa défense, l'accusé n'est pas limité au contre-interrogatoire de la plaignante pour faire ressortir la fausseté d'une dénégation de relations sexuelles avec d'autres personnes (si elle les nie), mais peut faire comparaître d'autres témoins (ceux qui ont témoigné à l'audition à huis clos) pour attaquer le crédit à accorder à la plaignante. Si cela ne peut être fait, l'art. 142 devient presque inopérant, nonobstant le fait que le juge ou le magistrat, qui a entendu des témoignages à l'audition à huis clos, a conclu qu'exclure cette preuve, y compris celle qui porte atteinte au crédit à accorder à la plaignante, empêcherait d'arriver à une décision juste sur cette question et sur les autres questions de fait en litige au procès de l'accusé. Je note également que le juge Lieberman dans l'arrêt *Moulton* adopte une opinion contraire à celle du juge McDermid et conforme à l'arrêt *R. v. Morris*.

Il découle de ce qui précède que la plaignante doit maintenant répondre aux questions du type qu'envisage le par. 142(1) et doit le faire publiquement, à moins que le tribunal, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuse, après la tenue d'une audition à huis clos, de permettre pareille enquête. Il peut refuser parce que, par exemple, l'avocat de l'accusé se lance dans une recherche à l'aveuglette et n'a pas de motifs raisonnables de



be prevented from making full answer and defence. Section 142 may, therefore, be regarded as balancing the interests of both the complainant and the accused through this change in the law of evidence. The gain of the complainant is that whereas she may now be required to answer the question in public she may not have to do so if the Court rules against it, although she may have to submit to the question in private. As for the accused, whereas he could formerly put the question in public without necessarily being entitled to an answer, he now has the right of answer and the right to contradict it if the Court rules in his favour in the *in camera* hearing.

As already noted, the issues touching the meaning and scope of s. 142 arose in this case upon a preliminary inquiry, and it cannot be doubted, having regard to the reference in the section to "the judge, magistrate or justice", that its provisions apply to such an inquiry. (In appearing to hold otherwise, *R. v. Roussel, supra*, was wrongly decided.) The section, applicable to charges of rape, attempted rape, sexual intercourse with a female under age fourteen and indecent assault of a female, is dominated by the words "no question shall be asked . . . unless" clauses (a) and (b) of s. 142(1) are complied with and satisfied.

I turn first to a consideration of clause (a). The case law to which I have referred above indicates that what is reasonable notice is a question of fact in each case, and there can be no quarrel with this view. It follows, of course, that even if the question of reasonable notice might give rise to an appealable issue where s. 142 is invoked in the course of a trial, it does not give rise to an issue reviewable on *certiorari* brought to challenge a committal for trial or to challenge a decision made in the course of a preliminary inquiry. The second principal element of clause (a) is the requirement that the notice include "particulars of the evidence sought to be adduced by such question", that is, a question or questions sought to be put by the accused as to the sexual conduct of the complainant with a person or persons other than the accused. The

poser pareilles questions. Évidemment, on ne doit pas empêcher l'accusé de présenter une défense pleine et entière. On peut, par conséquent, considérer que l'art. 142 établit un équilibre entre les intérêts de la plaignante et ceux de l'accusé par la modification qu'il apporte au droit de la preuve. La plaignante y gagne parce que, même si elle peut maintenant devoir répondre aux questions en public, elle peut ne pas avoir à le faire si le tribunal en décide autrement, bien qu'elle puisse devoir y répondre en privé. Quant à l'accusé, alors qu'il pouvait antérieurement poser les questions en public sans avoir nécessairement droit à une réponse, il a maintenant le droit d'obtenir une réponse et de la contredire si le tribunal tranche en sa faveur à l'audition à huis clos.

Comme je l'ai déjà noté, les questions relatives au sens et à la portée de l'art. 142 se sont soulevées en l'espèce au cours d'une enquête préliminaire, et il ne fait aucun doute que, compte tenu du renvoi dans cet article au «juge, . . . magistrat ou . . . juge de paix», il s'applique à une telle enquête. (L'arrêt *R. v. Roussel*, précité, qui décide apparemment le contraire, est mal fondé). Cet article, applicable aux accusations de viol, tentative de viol, rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans et attentat à la pudeur d'une personne de sexe féminin, est dominé par les termes «ne doivent poser de questions . . . que si» les al. a) et b) du par. 142(1) sont respectés.

Je me penche en premier lieu sur l'al. a). La jurisprudence à laquelle j'ai fait référence plus tôt indique que le caractère raisonnable de l'avis est une question de fait dans chaque cas, et il n'y a rien à y redire. Il en découle, évidemment, que, même si le caractère raisonnable de l'avis peut constituer une question susceptible d'appel lorsque l'art. 142 est invoqué pendant un procès, il ne s'agit pas d'une question révisable par voie de *certiorari* pour contester un renvoi à procès ou une décision rendue pendant une enquête préliminaire. Le second élément principal de l'al. a) est l'exigence que l'avis soit accompagné «d'un exposé de [la] valeur probante», c'est-à-dire d'une ou plusieurs questions que l'accusé veut poser sur le comportement sexuel de la plaignante avec une ou plusieurs personnes autres que l'accusé. L'expres-

term "particulars of the evidence" appears to me to be a self-defining dictionary term, but I think some latitude must be given to the judge or magistrate to assess the sufficiency of the particulars that are given. The requirement of particulars would, ordinarily, encompass time and place and the names of the other persons allegedly involved with the complainant but I do not think that the requirement obliges an accused to set out the very questions that he or his counsel seeks to put. The questions that are sought to be put are, in my view, sequential to the particulars and not themselves a part thereof, although it would be open to the accused to specify the questions in the particulars if he so wishes. I see no reason, moreover, why the presiding judge or magistrate should not permit an amendment to the particulars, so long as the requirement of reasonable notice remains satisfied and so long as there is no prejudice to the complainant.

In the present case, unfortunately, the notice in writing embodying the particulars was not made part of the record, although there is a reference to it in the transcript of the proceedings before Judge McMahon. Counsel for the respondent Crown urged that Judge McMahon had ruled against the sufficiency of the notice and particulars. I do not think that the record supports this view. On the contrary, Hollingworth J. in his reasons had this to say on the matter:

In this case, Mr. Wright [counsel for the accused] gave notice naming the complainant's boyfriend and Judge McMahon has accepted that notice as being adequate and I do not quarrel with him because that is his right.

The affirmation of Judge Hollingworth's reasons by the Ontario Court of Appeal means that there are concurrent findings on the adequacy or sufficiency of the notice and particulars. I would add this. Even if the question of sufficiency or insufficiency should be challenged, it would not be reviewable on *certiorari* or on a motion to quash at this stage, whatever be its appealability, if the matter arose in the course of a trial.

This brings me to clause (b), which is the nub of the present case under the competing and irrecon-

sion «exposé de [la] valeur probante» me paraît claire, mais je pense qu'il faut donner au juge ou au magistrat la latitude voulue pour évaluer si l'exposé est suffisant. L'exposé doit normalement inclure les dates, lieux et noms des autres personnes supposément impliquées avec la plaignante, mais je ne crois pas que l'accusé soit obligé de formuler les questions précises que son avocat ou lui veulent poser. Les questions qu'on a l'intention de poser, à mon avis, découlent de l'exposé de leur valeur probante et n'en font pas elles-mêmes partie, bien que l'accusé puisse les spécifier dans l'exposé s'il le désire. En outre, je ne vois aucune raison pour laquelle le juge ou le magistrat président ne pourrait permettre que l'on amende l'exposé, pourvu que l'exigence de l'avis raisonnable soit remplie et que la plaignante n'en subisse pas préjudice.

En l'espèce, malheureusement, l'avis écrit contenant l'exposé n'a pas été versé au dossier, bien que la transcription des procédures tenue devant le juge McMahon y fasse référence. Le substitut du procureur général intimé a fait valoir que le juge McMahon avait statué que l'avis et l'exposé étaient insuffisants. Je ne crois pas que l'on puisse tirer cette conclusion du dossier. Au contraire, le juge Hollingworth dans ses motifs a dit ceci sur ce point:

[TRADUCTION] En l'espèce, M<sup>e</sup> Wright [l'avocat de l'accusé] a donné un avis désignant l'ami de la plaignante et le juge McMahon a jugé cet avis adéquat et je ne conteste pas sa décision parce qu'elle était de son ressort.

La confirmation des motifs du juge Hollingworth par la Cour d'appel de l'Ontario signifie qu'il existe des conclusions concordantes sur le caractère adéquat ou suffisant de l'avis et de l'exposé. J'ajouterais ceci: même si la question du caractère suffisant ou insuffisant devait être contestée, elle ne pourrait donner lieu à révision par voie de *certiorari* ou par requête en cassation à ce stade-ci, qu'elle soit ou non susceptible d'appel si elle se soulève au cours d'un procès.

Cela m'amène à l'al. b), qui est au cœur de cette affaire, compte tenu des positions opposées et irréc-

cilable positions thereon by the accused and by the Crown. A preliminary issue is whether the presiding judge or magistrate should go into an *in camera* hearing in respect of the adequacy of the notice and particulars required under clause (a). I come back to what I said were the dominating words in s. 142, namely, "no question shall be asked . . . unless". In my view, it would defeat the purpose of s. 142 if the notice and particulars were revealed prior to the *in camera* hearing because it may turn out that they are inadequate or do not properly indicate a relevant line of proposed questioning. If that be the case, then there should be no public revelation of "the particulars of the evidence sought to be adduced". Coming then directly to clause (b), there are two issues that were raised in the submissions of counsel for the accused and counsel for the Crown. They are (1) whether evidence may be or must be taken at the *in camera* hearing, and (2) whether, if so, the complainant, as well as any other person, is a compellable witness at the *in camera* hearing.

Counsel for the accused urged, of course, that s. 142(1)(b) envisaged the taking of evidence at the *in camera* hearing and, further, the credibility of the complainant being a matter expressly mentioned in s. 142(1)(b), she was necessarily a compellable witness to whom he was entitled, therefore, to put questions referable to the particulars set out in the notice. Counsel for the Crown submitted that s. 142(1)(b) did not envisage the proffering of evidence of witnesses at an *in camera* hearing, and certainly not the compellability of the complainant. According to Crown counsel, it was for the Court to determine merely on oral submissions whether the provisions of clauses (a) and (b) were met, and if the Court so concluded then the accused was free to put his questions at the resumption of the preliminary inquiry or of the trial, as the case might be. Alternatively, Crown counsel submitted that there is a broad discretion in the presiding judge to control the conduct of the *in camera* hearing and any error committed in the course of it would not be a ground to quash on *certiorari*.

I cannot subscribe to the main contention of Crown counsel that clause (b) envisages only oral

conçiliables de l'accusé et du ministère public à son sujet. A titre préliminaire, il faut se demander si le juge ou le magistrat président doit tenir une audition à huis clos sur le caractère adéquat de l'avis et de l'exposé exigés par l'al. a). Je répète ce que j'ai dit être les termes qui dominent l'art. 142, savoir, «ne doivent poser de questions . . . que si». A mon avis, ce serait faire échec à l'objet de l'art. 142 que de révéler l'avis et l'exposé avant l'audition à huis clos, parce qu'ils peuvent s'avérer inadéquats ou ne pas indiquer correctement la pertinence des questions que l'on veut poser. Si c'est le cas, «l'exposé de [la] valeur probante» ne doit pas être rendu public. Venant maintenant directement à l'al. b), deux questions ont été soulevées dans les plaidoiries de l'avocat de l'accusé et du substitut du procureur général. Il s'agit de savoir (1) si l'on peut ou doit entendre des témoignages à l'audition à huis clos, et (2) si, dans l'affirmative, la plaignante, comme toute autre personne, y est un témoin contraignable.

L'avocat de l'accusé a fait valoir, bien sûr, que l'al. 142(1)b) prévoit que des témoignages peuvent être recueillis à l'audition à huis clos et, de plus, que comme le crédit à accorder à la plaignante est une question expressément mentionnée à l'al. 142(1)b), cette dernière est nécessairement un témoin contraignable auquel l'accusé a par conséquent, le droit de poser des questions dont la valeur probante a été exposée dans l'avis. Le substitut du procureur général a soutenu que l'al. 142(1)b) ne prévoit pas de témoignages à l'audition à huis clos et n'établit certainement pas que la plaignante est contraignable. Selon lui, il appartient à la cour de déterminer sur la seule base des arguments oraux si les exigences des al. a) et b) ont été remplies, et, si la cour conclut en ce sens, l'accusé est alors libre de poser ses questions à la reprise de l'enquête préliminaire ou du procès, selon le cas. Subsidiativement, il a soutenu que le juge président a un vaste pouvoir discrétionnaire sur le mode de déroulement de l'audition à huis clos et qu'aucune erreur commise pendant celle-ci ne peut constituer un motif de cassation par *certiorari*.

Je ne peux souscrire à la prétention principale mise de l'avant par le substitut du procureur géné-

submissions or representations by counsel. There are two main reasons for rejecting the contention. First, the *in camera* hearing is for the purpose, *inter alia*, of enabling the judge or magistrate to satisfy himself as to the weight of the evidence, and I am unable to appreciate how weight can be determined without an assessment of witnesses called to give evidence, an assessment which would take into account their demeanor, their knowledge of the events about which they are examined, the consistency of their testimony and so on. Second, s. 142(2) appears to me to be conclusive that evidence may (not must) be taken in the *in camera* hearing. That provision, if I may repeat its relevant portion, speaks of "the evidence taken, the information given or the representations made at a hearing referred to in paragraph 1(b)". In my opinion, the judge or magistrate conducting the *in camera* hearing may decide, after hearing submissions or representations of counsel, that he does not need to hear any evidence. It is more likely that a decision not to hear any evidence would result in a holding adverse to the accused but this need not be invariably so. However, he may be persuaded by the representations made, or even without them, that evidence should be taken so that he can assess its weight to determine whether "[he] is satisfied . . . that to exclude it would prevent the making of a just determination of an issue of fact in the proceedings, including the credibility of the complainant".

If evidence is taken at the *in camera* hearing, the witnesses proposed to be called must be regarded as compellable, and the complainant, whose credibility is an issue of fact specified in s. 142(1)(b), must be equally compellable, becoming, however, the accused's witness if called at the *in camera* proceedings. I agree, in respect of the compellability of the complainant, with the determination to this effect by the Alberta Appellate Division in *R. v. Moulton, supra*. There may be some reason or reasons why a proposed witness, be the witness the complainant or some other person, will not be heard by the presiding judge or magistrate who decides to take evidence. The presiding judge or magistrate may regard proposed evidence

ral portant que l'al. b) ne prévoit que des plaidoires ou des observations orales des avocats. Il y a deux raisons principales au rejet de cette prétention. D'abord, l'audition à huis clos a notamment pour but de permettre au juge ou au magistrat de se convaincre du poids de la preuve, et je ne peux voir comment il peut y parvenir sans se faire une opinion des témoins cités à comparaître, opinion qui tiendra compte de leur attitude, de leur connaissance des événements sur lesquels ils sont interrogés, de la cohérence de leur témoignage, etc. Deuxièmement, le par. 142(2) établit selon moi de façon incontestable que des témoignages peuvent (non doivent) être recueillis à l'audition à huis clos. Cette disposition, si je peux citer de nouveau sa partie pertinente, parle de «la preuve avancée, les renseignements donnés ou les observations faites lors d'une audition mentionnée à l'alinéa (1)b)». A mon avis, le juge ou le magistrat qui préside l'audition à huis clos peut décider, après avoir entendu les plaidoires ou les observations des avocats, qu'il n'a pas besoin d'entendre de témoignages. Il est plus probable qu'une décision de ne pas entendre de témoignages entraîne une conclusion défavorable à l'accusé, sans que ce soit nécessairement toujours le cas. Cependant, il peut être convaincu par les observations faites, ou même sans elles, qu'il lui faut entendre des témoignages pour être en mesure d'en évaluer le poids afin de décider si «[il] est convaincu . . . que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante».

Si des témoignages sont recueillis à l'audition à huis clos, il faut considérer les témoins que l'on se propose de citer comme contraignables, et la plaignante, dont le crédit est une question de fait spécifiée à l'al. 142(1)b), doit l'être également, devenant, cependant, le témoin de l'accusé si elle est citée à l'audition à huis clos. Sur la question de savoir si la plaignante est contraignable, je suis d'accord avec l'arrêt en ce sens de la Division d'appel de l'Alberta dans l'affaire *R. v. Moulton*, précitée. Il peut y avoir une ou plusieurs raisons justifiant que le juge ou le magistrat président, qui décide de recueillir des témoignages, n'entende pas un témoin proposé, qu'il s'agisse de la plaignante ou d'autres personnes. Il peut considérer que le

as too remote or he may conclude that its probative value is outweighed by its prejudicial effect. Again, he may be of the view that an intended witness should not be called if his evidence will involve the court in speculating on its relevance.

However, it seems to me that it will be a rare case where an accused will be denied the right to call a witness once evidence is to be taken. I say this because the presiding judge or magistrate will have already passed on the adequacy of the notice and the particulars and, hence, on the range of the questions to be asked. The presiding judge or magistrate, concerned with the weight of evidence, will be better able to exercise his judgment about a witness after hearing his evidence rather than by not hearing him at all. Of course, the presiding judge or magistrate may have to make rulings during the course of the evidence as to the propriety of questions and as to admissibility of testimony sought to be offered and, even if he be wrong in any such ruling, it would not give rise to a successful challenge on *certiorari*.

In the present case, Judge McMahon refused to allow counsel for the accused to examine the complainant at an *in camera* hearing pursuant to s. 142(1)(b). The ground of refusal appeared to be that a preliminary hearing was concerned only with whether the Crown had made out a sufficient case to warrant committal for trial and Judge McMahon did not think that any assistance in that respect would be provided by compelling the complainant to testify at an *in camera* hearing. He indicated to counsel that the matter could be raised, apparently more properly, at the ensuing trial. Hollingworth J. held, following *R. v. Morris, supra*, that the complainant was a compellable witness at an *in camera* hearing, provided that a proper foundation was laid for the reception of her evidence. In his opinion, there was no such foundation and this was sufficient to dismiss the application to quash the committal for trial. Hollingworth J. noted that s. 142 gave the presiding judge or magistrate considerable power to control the course of proceedings, having regard, particularly, to the remedial purpose of the section.

témoignage proposé est trop indirect ou il peut conclure que son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. De même, il peut être d'avis qu'un témoin proposé ne devrait pas comparaître si son témoignage risque d'amener la cour à spéculer sur sa pertinence.

Cependant, il me semble qu'un accusé ne sera que rarement privé du droit de citer un témoin une fois que l'on a décidé de recueillir des témoignages. Je dis cela parce que le juge ou le magistrat présidant aura déjà statué sur le caractère adéquat de l'avis et de l'exposé et, par conséquent, sur l'éventail des questions devant être posées. Le juge ou le magistrat présidant, devant déterminer le poids de la preuve, sera plus en mesure d'exercer son jugement à l'égard d'un témoin après avoir entendu son témoignage que s'il ne l'entend pas du tout. Évidemment, le juge ou le magistrat présidant peut avoir à rendre des décisions pendant le témoignage sur l'à-propos de questions et sur l'admissibilité du témoignage proposé et, même s'il fait une erreur à cet égard, elle ne pourra faire l'objet d'une contestation valable par *certiorari*.

En l'espèce, le juge McMahon a refusé à l'avocat de l'accusé la permission d'interroger la plaignante lors d'une audition à huis clos tenue conformément à l'al. 142(1)(b). Le motif du refus est apparemment qu'une enquête préliminaire ne vise qu'à établir si le ministère public a une preuve suffisante pour justifier un renvoi à procès et le juge McMahon n'a pas estimé qu'obliger la plaignante à témoigner à une audition à huis clos serait utile à cet égard. Il a dit à l'avocat que la question pourrait être soulevée, sans doute de façon plus appropriée, au procès qui suivrait. Le juge Hollingworth a décidé, conformément à l'arrêt *R. v. Morris*, précité, que la plaignante était un témoin contraignable à une audition à huis clos, à condition que l'on ait établi un fondement qui justifie son témoignage. Selon lui, ce fondement n'existait pas et cela suffisait pour rejeter la requête en cassation du renvoi à procès. Le juge Hollingworth a noté que l'art. 142 donne au juge ou au magistrat présidant un pouvoir considérable sur le mode de déroulement des procédures, compte tenu, notamment, du but correctif de l'article.

Although there appears to be some contradiction in the reasons of Hollingworth J. between his assertion that the notice under s. 142(1)(a) was accepted by Judge McMahon as adequate (a point to which I adverted earlier in these reasons) and his assertion made immediately following in his reasons that no proper basis had been laid for the examination of the complainant at an *in camera* hearing, the reconciliation of those views lies in an earlier passage of Judge Hollingworth's reasons. There he said that it would only be in exceptional cases that a complainant could be called first (as was requested here), so that, presumably, if there are other witnesses (there were no others who could be called in *R. v. MacIntyre, supra*, where the complainant was held to be compellable), one or more of them should be called first to establish a foundation for the examination of the complainant.

Although I do not think that this should be a rigid rule, I would not regard its application in this case as amounting to a denial of natural justice or as impeding an accused's right to make full answer and defence. There is a discretion in a judge or magistrate holding an *in camera* hearing during a preliminary inquiry as to the order in which witnesses may be called.

Another issue raised before Judge McMahon concerned a request of accused's counsel to cross-examine a police sergeant on the notes he made during an interview with the complainant. Counsel for the accused had seen the notes but his request to cross-examine on them was refused. I agree with Judge Hollingworth that this ruling, even if wrong, did not support reviewability on *certiorari* and, indeed, this Court did not call upon Crown counsel to deal with the matter. The main issue before Judge Hollingworth and before this Court concerned the effect of the refusal of Judge McMahon to allow the complainant to be examined in an *in camera* hearing.

It follows, in my opinion, that the Courts below were right in refusing to quash the committal for trial.

Bien qu'une certaine contradiction ressorte des motifs du juge Hollingworth qui affirme que le juge McMahon a reconnu le caractère suffisant de l'avis donné conformément à l'al. 142(1)(a) (un point que j'ai traité plus tôt) et, tout de suite après, que l'on n'a pas établi de fondement qui justifie l'interrogatoire de la plaignante lors d'une audition à huis clos, ces deux opinions sont conciliées dans un passage antérieur de ses motifs. Il y dit que seulement dans des cas exceptionnels, une plaignante pourra être la première personne citée comme témoin (comme on le demandait en l'espèce), de sorte que présumément, s'il y a d'autres témoins (il n'y en avait aucun autre à citer dans l'affaire *R. v. MacIntyre*, précitée, où l'on a décidé que la plaignante était contraignable), un ou plusieurs d'entre eux devront être entendus d'abord pour donner un fondement à l'interrogatoire de la plaignante.

Bien que je ne sois pas d'avis qu'il doive s'agir là d'une règle rigide, je ne considère pas que son application en l'espèce constitue un déni de justice naturelle ou une atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le juge ou le magistrat jouit d'un pouvoir discrétionnaire sur l'ordre dans lequel les témoins peuvent être cités lors d'une audition à huis clos tenue pendant une enquête préliminaire.

Une autre question soulevée devant le juge McMahon porte sur une requête de l'avocat de l'accusé pour contre-interroger un sergent de police sur les notes qu'il avait prises pendant une entrevue avec la plaignante. L'avocat de l'accusé avait vu les notes, mais sa requête de contre-interrogatoire à leur égard a été refusée. Je suis d'accord avec le juge Hollingworth que cette décision, même si elle est erronée, ne justifie pas une révision par voie de *certiorari* et, d'ailleurs, cette Cour n'a pas demandé au substitut du procureur général de plaider sur ce point. La question principale soumise au juge Hollingworth et à cette Cour porte sur l'effet du refus par le juge McMahon de permettre que la plaignante soit interrogée lors d'une audition à huis clos.

Il s'ensuit, à mon avis, que les cours d'instance inférieure ont eu raison de refuser de casser le renvoi à procès.

I would dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Keith E. Wright, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Ontario, Toronto.*

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelant: Keith E. Wright, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*