

Stephen William Osolin *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario and the
Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. OSOLIN

File No.: 22826.

1993: June 17; 1993: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Presump-
tion of innocence — Sexual assault — Defence of honest
but mistaken belief in consent — Section 265(4) of
Criminal Code imposing "air of reality" test as thresh-
old to be met before issue of mistaken belief is left to
jury — Whether s. 265(4) infringes s. 11(d) of Canadian
Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code,
R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial by
jury — Sexual assault — Defence of honest but mistaken
belief in consent — Section 265(4) of Criminal Code
imposing "air of reality" test as threshold to be met
before issue of mistaken belief is left to jury — Whether
s. 265(4) infringes s. 11(f) of Canadian Charter of
Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c.
C-46, s. 265(4).*

*Criminal law — Evidence — Cross-examination —
Sexual assault — Medical records — Complainant's
medical records admitted into evidence for limited pur-
pose of determining complainant's competence to testify
— Notation in medical records indicating that complain-
ant was concerned that her attitude and behaviour
might have influenced accused — Trial judge not per-
mitting accused to cross-examine complainant on her*

Stephen William Osolin *Appellant*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario et le
procureur général du Québec** *Intervenants*

^c RÉPERTORIÉ: R. c. OSOLIN

N^o du greffe: 22826.

1993: 17 juin; 1993: 16 décembre.

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

^e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Pré-
sompption d'innocence — Agression sexuelle — Défense
de croyance sincère mais erronée au consentement —
Critère de la «vraisemblance» imposé par l'art. 265(4)
du Code criminel comme condition préliminaire à rem-
plir avant de soumettre au jury la question de la
croyance erronée — L'article 265(4) enfreint-il l'art.
11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? —
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès
avec jury — Agression sexuelle — Défense de croyance
sincère mais erronée au consentement — Critère de la
«vraisemblance» imposé par l'art. 265(4) du Code cri-
minel comme condition préliminaire à remplir avant de
soumettre au jury la question de la croyance erronée —
L'article 265(4) enfreint-il l'art. 11f) de la Charte cana-
dienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C.
(1985), ch. C-46, art. 265(4).*

*Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire —
Agression sexuelle — Dossiers médicaux — Dossiers
médicaux de la plaignante présentés en preuve pour la
seule fin de déterminer son habilité à témoigner — Note
dans les dossiers médicaux indiquant que la plaignante
craignait que son attitude et son comportement aient pu
influencer l'accusé — Contre-interrogatoire de la plai-
gnante sur ses dossiers médicaux refusé à l'accusé par*

medical records to determine "what kind of person the complainant is" — Whether cross-examination should have been permitted for purpose of determining whether there was evidence to support defence of honest but mistaken belief in consent or allegation of fabrication.

Criminal law — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Sexual assault — Interpretation of s. 265(4) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

The accused was charged with sexual assault and kidnapping. On the day of the incident, the complainant, a 17-year-old girl who had been under psychiatric treatment for depression and anxiety, went with two men, D and S, to B's trailer, where they drank beer. Later in the afternoon, the complainant and D, whom she had dated on a few occasions, had consensual intercourse in a wooded area. After D went home, the accused and his friend M arrived at the trailer and left with B to go to a nearby pub while S and the complainant stayed at the trailer and engaged in sexual intercourse. In the evening, M and the accused came back to the trailer. While the accused drove S some distance away, M attempted to have intercourse with the complainant. She testified that she did not consent to his advances and that he prevented her from getting dressed. She managed to get her underpants on as the accused entered the room. He threw her over his shoulder and carried her out to the car. The complainant testified that she resisted leaving the trailer and asked for her clothes but that the accused put her in the back seat of the car and tore off her underpants. M drove them to a cabin 40 miles away and left. The accused pulled her into a bedroom, tied her up and had sexual intercourse with her. Shortly after 3:30 a.m., an RCMP constable found the complainant on the highway. She was screaming and crying. She was taken to the hospital where her medical examination revealed a number of injuries generally more consistent with sexual assault than consensual intercourse. The police also found a pair of torn women's underpants lying on the ground some 20 feet from the trailer.

At trial, the accused testified that the complainant was an eager although not active participant in all the acts leading up to and including sexual intercourse. She only resisted when he tried to shave her pubic area at the cabin. The accused admitted, however, that he "overrode" her complaints about being forced while naked to leave the trailer. Defence counsel sought to cross-

le juge du procès pour déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante» — Le contre-interrogatoire aurait-il dû être permis aux fins de déterminer s'il y avait des éléments de preuve à l'appui de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ou de l'allégation de fabrication?

Droit criminel — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Agression sexuelle — Interprétation de l'art. 265(4) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle et d'enlèvement. Le jour de l'incident, la plaignante, une jeune fille de 17 ans qui avait subi des traitements psychiatriques pour dépression et anxiété, s'est rendue avec deux hommes, D et S, à la roulotte de B, où ils ont bu de la bière. Plus tard dans l'après-midi, la plaignante et D, qu'elle avait fréquenté à quelques reprises, ont eu des rapports sexuels consensuels dans un boisé. Après que D soit rentré chez lui, l'accusé et son ami M sont arrivés à la roulotte et sont repartis avec B pour aller à un bar situé à proximité pendant que S et la plaignante sont restés à la roulotte et ont eu des rapports sexuels. Au cours de la soirée, M et l'accusé sont revenus à la roulotte. Pendant que l'accusé conduisait S plus loin, M a tenté d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante. Elle a témoigné qu'elle n'avait pas répondu à ses avances et qu'il l'avait empêchée de se rhabiller. Elle a réussi à remettre sa culotte au moment où l'accusé est entré dans la chambre. Il l'a soulevée et portée sur son épaule pour l'amener à l'automobile. La plaignante a témoigné avoir résisté à son retrait de la roulotte et avoir dit qu'elle voulait ses vêtements, mais l'accusé l'a déposée sur le siège arrière de l'automobile et a déchiré sa culotte. M les a conduits à un chalet situé à 40 milles de là et est reparti. L'accusé l'a tirée vers une chambre à coucher, l'a attachée et a eu des rapports sexuels avec elle. Peu après 3 h 30, un agent de la GRC a trouvé la plaignante sur la route. Elle criait et pleurait. Elle a été conduite à l'hôpital où son examen médical a révélé que la plaignante avait un certain nombre de blessures correspondant davantage à une agression sexuelle qu'à des rapports sexuels consensuels. La police a également trouvé une culotte de femme sur le sol, à une vingtaine de pieds de la roulotte.

Au procès, l'accusé a déclaré que la plaignante était une participante empressée, bien que non active, à tous les actes préliminaires comme aux rapports sexuels. Elle a seulement résisté lorsqu'il a tenté de lui raser les poils du pubis dans le chalet. Toutefois, l'accusé a admis «ne pas avoir tenu compte» des protestations de la plaignante forcée à quitter la roulotte nue. L'avocat de la

examine the complainant on her medical records, specifically on a notation indicating that she was concerned that her attitude and behaviour may have influenced the accused to some extent. He indicated that the cross-examination would be directed toward "what kind of person the complainant is". The trial judge refused to permit the cross-examination, ruling that the records had been admitted into evidence for the limited purpose of determining the complainant's competence to testify and that to use them for any other purpose would be a violation of the complainant's privacy. He also declined to charge the jury with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent. He ruled that in this case there was no "air of reality" to the defence. The accused was found guilty on both counts and his appeal to the Court of Appeal was dismissed. This appeal raises two issues: (1) whether the trial judge erred in restricting the cross-examination of the complainant on her medical records; and (2) whether the "air of reality" test set out in s. 265(4) of the *Criminal Code* violates the accused's rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

(1) *Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records.

(2) Section 265(4) of the *Code* does not violate s. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

Per Cory and Major JJ.: The right to cross-examine witnesses, which is now protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, is fundamental to providing a fair trial to an accused. Despite its importance, the right to cross-examine has never been unlimited and must conform to the basic principle that all evidence must be relevant in order to be admissible. In addition, the probative value of evidence must be weighed against its prejudicial effect. Relevance and probative value must be determined in the context of the purpose for which evidence is tendered. In the context of sexual assaults, this limitation on cross-examination has been recognized to pre-

défense a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux, notamment au sujet d'une note indiquant qu'elle craignait que son attitude et son comportement aient pu influencer l'accusé jusqu'à un certain degré. Il a indiqué que le contre-interrogatoire porterait sur «le genre de personne qu'est la plaignante». Le juge du procès a refusé à l'avocat de la contre-interroger au sujet de cette note, en concluant que les dossiers avaient été communiqués dans le but exprès de déterminer l'habileté de la plaignante à témoigner et que toute autre utilisation constituerait une violation du droit à la vie privée de la plaignante. De plus, il a refusé de soumettre au jury le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement. Il a conclu que le moyen de défense d'erreur de fait n'avait, en l'espèce, aucune «vraisemblance». L'accusé a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation et l'appel qu'il a interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux? et (2) Le critère de la «vraisemblance» établi au par. 265(4) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

(1) *Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le juge du procès a commis une erreur en ne permettant pas le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux.

(2) Le paragraphe 265(4) du *Code* ne viole pas les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

Les juges Cory et Major: Le droit de contre-interroger les témoins qui est maintenant protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, est un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Malgré son importance, le droit de contre-interroger n'a jamais été illimité. Il doit respecter le principe fondamental selon lequel tout élément de preuve doit être pertinent pour être admissible. En outre, la valeur probante de la preuve doit être soupesée en regard de son effet préjudiciable. La pertinence et la valeur probante doivent être déterminées dans le contexte du but visé par la preuve produite. Dans le contexte des agressions sexuelles, on a

vent its use for improper purposes. Both *Seaboyer* and the new s. 276 of the *Criminal Code* suggest the factors which should be considered in limiting the scope of cross-examination of a complainant in a sexual assault trial. Sections 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative, should also be taken into account in determining the reasonable limitations. Generally, a complainant may be cross-examined for the purpose of eliciting evidence relating to consent and pertaining to credibility when the probative value of that evidence is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice which might flow from it. Cross-examination for the purpose of showing consent or impugning credibility which relies upon groundless rape myths and fantasized stereotypes is improper and should not be permitted. The trial judge must consider all of the evidence presented at the *voir dire* to determine if there is a legitimate purpose for the proposed cross-examination. In each case he must carefully balance the accused's right to a fair trial against the need for reasonable protection of a complainant. If at the conclusion of the *voir dire* the cross-examination is permitted then the jury must be advised as to the proper use that can be made of the evidence derived from the cross-examination. Here, the privacy of the complainant is an interest that merits protection, as does the need for a relationship of confidence between a patient and her psychiatrist, but the cross-examination on the complainant's medical records, within the guidelines outlined, should have been permitted to ensure a fair trial and to avoid a miscarriage of justice. While the trial judge was correct in refusing to permit cross-examination for the purpose of determining "what kind of person the complainant is", it was the trial judge's duty to ensure that the accused's rights with regard to cross-examination were protected. It would have been appropriate to permit cross-examination on the medical records, in particular the notation, to determine if they would throw any light either on a possible motive for the complainant's allegation that she was the victim of sexual assault or with regard to her conduct which might have led the accused to believe that she was consenting to sexual advances. There was thus a proper purpose for permitting cross-examination on the medical records. The denial of the opportunity to cross-examine on these records, and the impossibility of ascertaining what might have been the result of the cross-examination, make it necessary to order a new trial.

reconnu que cette restriction au contre-interrogatoire évite qu'il ne serve à des fins indues. L'arrêt *Seaboyer* et le nouvel art. 276 du *Code criminel* mentionnent les facteurs qu'il faudrait prendre en considération pour limiter la portée du contre-interrogatoire d'un plaignant dans un procès pour agression sexuelle. Même s'ils ne sont pas déterminants, les articles 15 et 28 de la *Charte*, qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes, devraient être pris en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables. En général, un plaignant peut être contre-interrogé dans le but de faire ressortir des éléments de preuve portant sur le consentement et sur la crédibilité lorsque la valeur probante de cette preuve l'emporte sensiblement sur le risque qu'il en découle un préjudice inéquitable. Le contre-interrogatoire qui se fonde sur des mythes sans fondement sur le viol et sur des stéréotypes fantaisistes afin de démontrer qu'il y a eu consentement ou d'attaquer la crédibilité est abusif et ne devrait pas être autorisé. Le juge du procès doit prendre en considération toute la preuve présentée au voir-dire afin de déterminer si le contre-interrogatoire proposé vise une fin légitime. Dans chaque affaire, il doit établir un équilibre délicat entre le droit de l'accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant. Si, au terme du voir-dire, le contre-interrogatoire est autorisé, le jury doit recevoir des directives sur la façon adéquate d'utiliser la preuve tirée du contre-interrogatoire. En l'espèce, la vie privée de la plaignante est un intérêt qui mérite d'être protégé, au même titre que la relation de confiance entre un patient et son psychiatre, mais le contre-interrogatoire sur les rapports médicaux de la plaignante, fait conformément aux lignes directrices établies, aurait dû être autorisé afin d'assurer un procès équitable et d'éviter une erreur judiciaire. Bien que le juge du procès ait eu raison de refuser d'autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire pour déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante», il lui incombait de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire étaient protégés. Le juge du procès aurait dû autoriser le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux, particulièrement sur la note, pour déterminer s'ils pouvaient jeter une lumière nouvelle soit sur un motif qu'aurait pu avoir la plaignante de prétendre avoir été victime d'une agression sexuelle, soit sur un aspect de sa conduite qui aurait pu porter l'accusé à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles. Il existait donc un motif valable pour que soit autorisée la tenue d'un contre-interrogatoire sur les rapports médicaux. En raison du refus de donner à l'accusé la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire au sujet de ces dossiers et de l'impossibilité de déterminer quel aurait pu être le résultat, il est nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Section 265(4) of the *Code* simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences: a defence should not be put to the jury if a reasonable jury properly instructed would have been unable to acquit on the basis of the evidence tendered in support of that defence. In other words, there must be evidence sufficient to give an air of reality to the defence before it can be left with the jury. It is the trial judge who determines if there is sufficient evidence adduced to give rise to a defence. The defence of honest but mistaken belief in consent in a sexual assault trial must meet the same threshold requirement as that demanded of all defences. There must be evidence that gives an air of reality to the accused's argument that he believed the complainant was consenting before the issue goes to the jury. There is no requirement that there be evidence independent of the accused. What is required is that the defence be supported by evidence beyond the mere assertion of a mistaken belief. The defence of honest but mistaken belief in consent can realistically only arise when the accused and the complainant tell essentially the same story and then argue that they interpreted it differently. Where the evidence given is directly opposed as to whether there was consent, the defence simply cannot exist. However, even in the absence of the defence, the jury will nonetheless be bound to acquit if it has a reasonable doubt as to whether there was consent in light of the conflicting evidence on the issue. In this case, the Court of Appeal correctly held that the trial judge erred in finding that the defence of honest but mistaken belief in consent was unavailable on the basis of the accused's evidence alone. However, it erred in finding that there could be no air of reality to the defence on the basis that the complainant had been kidnapped by the accused since there had not been a previous or separate conviction on the kidnapping charge. The *mens rea* for the kidnapping charge and that for the sexual assault were so closely connected as to be inseparable. The kidnapping could therefore not be used as the basis for rejecting the defence. As there must be a new trial to allow for a cross-examination on the medical records, it would be inappropriate to discuss whether there was sufficient evidence to justify putting the defence to the jury in light of the fresh evidence that may be forthcoming.

Le paragraphe 265(4) du *Code* établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense, à savoir qu'il n'y a pas lieu de soumettre un moyen de défense au jury si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées n'aurait pas été en mesure d'acquitter l'accusé à partir de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense. En d'autres termes, il doit y avoir une preuve suffisante pour appuyer la vraisemblance du moyen de défense avant qu'il ne soit soumis au jury. C'est le juge du procès qui détermine si l'on a produit une preuve suffisante pour appuyer le moyen de défense. La défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans un procès pour agression sexuelle doit satisfaire à la même exigence préliminaire que celle qui s'applique à tous les moyens de défense. Pour que la question soit soumise au jury, il doit exister des éléments de preuve qui rendent vraisemblable l'argument de l'accusé selon lequel il croyait que la plaignante donnait son consentement. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante de l'accusé. Il faut que la défense de la croyance erronée soit étayée par une preuve qui va plus loin que la seule affirmation en ce sens. De façon réaliste, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne peut être soulevée que lorsque les faits décrits par le plaignant correspondent essentiellement à ceux qui sont décrits par l'accusé et lorsqu'ils soutiennent qu'ils les ont interprétés différemment. Lorsque les témoignages sur l'existence d'un consentement sont directement contraires, la défense n'existe tout simplement pas. Toutefois, même en l'absence de cette défense, le jury doit prononcer un acquittement si, à la lumière de la preuve contradictoire sur ce point, il a un doute raisonnable quant à savoir s'il y a eu consentement. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne pouvait être soulevée sur le seul fondement du témoignage de l'accusé. Elle a par contre commis une erreur en concluant que ce moyen de défense ne pouvait avoir aucune vraisemblance parce que la plaignante avait été enlevée par l'accusé, étant donné qu'il n'y a pas eu de déclaration antérieure ou distincte de culpabilité sous le chef de l'enlèvement. La *mens rea* de l'infraction d'enlèvement et celle de l'agression sexuelle étaient tellement liées qu'elles étaient inséparables. L'enlèvement ne pouvait donc servir de motif pour rejeter la défense. Comme il doit y avoir un nouveau procès pour permettre un contre-interrogatoire à l'égard des dossiers médicaux, il ne serait pas indiqué d'examiner si la preuve était suffisante pour que la défense soit soumise au jury étant donné la possibilité que surgissent de nouveaux éléments de preuve.

Section 265(4) of the *Code* does not infringe s. 11(d) of the *Charter*. While the air of reality threshold in s. 265(4) creates an evidentiary burden on the accused, in the sense that he must raise sufficient evidence to give the defence an air of reality to justify its presentation to the jury, the burden of proving all the elements of the offence beyond a reasonable doubt rests squarely with the Crown. All criminal defences must meet a threshold requirement of sufficient evidence before the trial judge should leave them with a jury. This does not violate the presumption of innocence. Nor does s. 265(4) infringe s. 11(f) of the *Charter*. The requirement that there be an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent is reasonable and entirely valid. It is only a reaffirmation of an integral part of the judge's role in supervising a jury trial. Whether there is sufficient evidence to raise a defence is a question of law, and therefore is properly in the domain of the judge. There was consequently no violation of the accused's right to a trial by jury.

Per Iacobucci J.: Cory J.'s reasons were agreed with; however, no comment was expressed on the new s. 276 of the *Criminal Code*.

Per Sopinka J.: Cory J.'s reasons were agreed with, subject to the following reservations. First, no comment was expressed on the new s. 276 of the *Criminal Code*. Second, with respect to the defence of honest but mistaken belief, s. 265(4) of the *Code* sets out the basic requirements applicable to all defences. It requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly instructed could acquit. The addition of the term "air of reality" does not help in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence and may only create confusion. Third, the defence of honest but mistaken belief is not excluded when the complainant and the accused relate diametrically opposed versions of what occurred. To exclude the defence in these circumstances would rest on the questionable assumption that either the accused's or the complainant's story is a complete account of what occurred. In assessing the evidence of a witness, it is not an all-or-nothing proposition. The jury may accept only some of what a witness said, and reject the rest.

Le paragraphe 265(4) du *Code* n'enfreint pas l'al. 11(d) de la *Charte*. Même si le critère préliminaire de la vraisemblance établi au par. 265(4) crée une charge de présentation qui incombe à l'accusé, en ce sens que celui-ci doit soulever une preuve suffisante pour donner au moyen de défense une vraisemblance justifiant qu'il soit soumis au jury, il n'en demeure pas moins que la charge de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable repose clairement sur la poursuite. Tous les moyens de défense contre des accusations pénales doivent satisfaire à l'exigence préliminaire de la preuve suffisante pour que le juge du procès les soumette au jury. Cela ne viole pas la présomption d'innocence. Le paragraphe 265(4) n'enfreint pas non plus l'al. 11(f) de la *Charte*. L'obligation de prouver la vraisemblance de la défense de croyance erronée au consentement est raisonnable et complètement valide. Elle n'est que la réaffirmation d'une partie intégrante du rôle du juge en matière de contrôle du procès avec jury. La question de savoir s'il y a une preuve suffisante pour que soit soulevée la défense est une question de droit, qui relève donc de la compétence du juge. Il n'y a donc eu aucune violation du droit de l'accusé à un procès avec jury.

Le juge Iacobucci: Les motifs du juge Cory sont acceptés, mais aucun commentaire n'est fait au sujet du nouvel art. 276 du *Code criminel*.

Le juge Sopinka: Les motifs du juge Cory sont acceptés sous réserve des observations suivantes. Premièrement, aucun commentaire n'est fait au sujet du nouvel art. 276 du *Code criminel*. Deuxièmement, pour ce qui est de la défense de croyance sincère mais erronée, le par. 265(4) du *Code* établit les critères fondamentaux applicables à tous les moyens de défense. Il n'exige rien de plus de l'accusé qu'il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l'acquittement. L'addition du mot «vraisemblance» ne facilite pas la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense et ne peut qu'embrouiller la question. Troisièmement, le moyen de défense de croyance sincère mais erronée n'est pas exclu lorsque le plaignant et l'accusé donnent des versions diamétralement opposées de ce qui s'est passé. Écarter le moyen de défense dans ces circonstances s'appuierait sur l'hypothèse douteuse que la version de l'accusé ou celle du plaignant représente la relation complète de ce qui s'est passé. L'évaluation de la déposition d'un témoin n'est pas une affaire de tout ou rien. Le jury peut décider de croire seulement certains éléments de ce que le témoin dit et de ne pas croire le reste.

Per Lamer C.J.: The trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records. The cross-examination was appropriate because it had a proper purpose — namely, to determine whether there was evidence to support a defence of honest but mistaken belief or evidence to support an allegation of fabrication. The denial of the opportunity to cross-examine on the medical records deprived the accused of his right to a fair trial.

With respect to the defence of honest but mistaken belief, Sopinka J.'s reasons were agreed with.

Per La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): Before cross-examination can be allowed on a complainant's prior sexual conduct, the trial judge must determine whether the defence has demonstrated a potential relevance to the cross-examination capable of outweighing the damage and invasion of privacy it might cause to the complainant. To be satisfied that the threshold of relevance is met, the trial judge must ensure that the evidence is tendered for a legitimate purpose, and that it logically supports a defence. Here, the only purpose invoked by the defence for cross-examining the complainant on her medical records was the very sort of improper purpose for which evidence cannot be adduced. The defence's failure to raise a valid reason for the cross-examination was fatal. In our criminal trial system, the trial judge does not have a duty to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored by counsel. Further, even assuming that a court of appeal confronted by an unexplored avenue of cross-examination which might have led to a reasonable doubt as to guilt should direct a new trial to avoid a miscarriage of justice, the accused is not entitled to a new trial in this case on the ground of denial of cross-examination since no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. On the defence theory that the complainant may have fabricated her story to avoid a confrontation with her parents, there was ample evidence before the jury of the difficult relationship between the complainant and her parents and their disapproval of some of her conduct. On the defence of honest but mistaken belief in consent, there was also a great deal of negative evidence before the jury about the complainant's "attitude and behaviour" on the day in question.

Le juge en chef Lamer: Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux. Le contre-interrogatoire était approprié parce qu'il poursuivait un but régulier — savoir, déterminer l'existence d'éléments de preuve à l'appui du moyen de défense de croyance sincère mais erronée ou à l'appui d'une allégation de fabrication de preuve. Le refus de permettre le contre-interrogatoire relativement aux dossiers médicaux a privé l'accusé de son droit de subir un procès équitable.

Les motifs du juge Sopinka sont acceptés en ce qui a trait au moyen de défense de la croyance sincère mais erronée.

Les juges La Forest, Gonthier et McLachlin (dissidents): Avant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur, le juge du procès doit déterminer si la défense a établi que ce contre-interrogatoire a une pertinence qui puisse l'emporter sur le préjudice causé à la plaignante et sur l'atteinte à sa vie privée. Pour pouvoir conclure au respect du critère préliminaire de la pertinence, le juge du procès doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense. En l'espèce, la seule fin invoquée par la défense pour contre-interroger la plaignante sur ses dossiers médicaux est le type même de fin induite pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits. L'absence de motif valide à l'appui de la demande de contre-interrogatoire était fatale. Dans notre système pénal, le juge du procès n'a pas l'obligation de voir à ce que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées par les avocats. De plus, même en supposant que, devant la possibilité qu'une avenue inexplorée de contre-interrogatoire ait pu soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité, le tribunal d'appel doive ordonner la tenue d'un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire, l'accusé n'a pas droit en l'espèce à un nouveau procès fondé sur le refus du contre-interrogatoire puisqu'on ne peut conclure à un tort important ou à une erreur judiciaire grave. Quant à la thèse de la défense concernant la fabrication par la plaignante de sa version pour éviter un affrontement avec ses parents, le jury disposait déjà d'une preuve abondante quant aux relations difficiles existant entre la plaignante et ses parents, qui désapprouvaient certains de ses comportements. Pour ce qui est de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, le jury disposait également d'un grand nombre d'éléments de preuve négatifs concernant «son attitude et son comportement» à ce moment.

Before any defence can be put to the jury, the evidence must provide a basis for that defence. It must have an "air of reality". In order to give an air of reality to the defence of honest but mistaken belief, there must be: (1) evidence of lack of consent to the sexual acts; and (2) evidence that notwithstanding the actual refusal, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting. The bare assertion of the accused that he believed in consent is not enough to raise the defence; the assertion must be supported to some degree by other evidence or circumstances. The supporting evidence may come from the accused or from other sources. The defence of honest but mistaken belief is not precluded where the evidence consists of two diametrically opposed stories, one alleging lack of consent and the other consent. In rare situations, it is possible for a jury to accept parts of the testimonies of both the complainant and the accused, concluding that notwithstanding lack of actual consent, the accused honestly believed in consent. In this case, there was no evidence, from the accused or from some other source, supporting the accused's assertion of honest belief. Finally, the Court of Appeal did not use the kidnapping charge as a ground for rejecting the defence of honest but mistaken belief. It only said that the evidence of confinement robbed that defence of any foundation.

For the reasons given by Cory J., s. 265(4) of the Code does not violate s. 11(d) or 11(f) of the Charter.

Per La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): In criminal cases, the defence normally has no access to the medical records of a witness. Medical records evidence is generally completely marginal to the central issue of a trial. Given the fundamental importance placed on the confidentiality of medical records in our society, and the high degree of prejudice to the witness caused by delving into these records, they should only be disclosed in the rare cases when there is cogent evidence to suggest (1) that the competence of the witness to testify is in serious doubt or the witness's testimony with respect to the particular issue to be decided is unreliable because of the witness's medical condition; and (2) that without such disclosure, there would be serious prejudice to the accused's right to make full answer and defence. Mere suggestion, speculation or possibility raised on the part of the defence that such records may be relevant cannot be sufficient. Fishing expeditions should not be permitted. In the event that disclosure is required, the cross-examination on the witness's medical records must be restricted to the purpose for which

Il faut, pour qu'un moyen de défense puisse être soumis au jury, que ce moyen soit étayé par la preuve. Il doit être «vraisemblable». Pour que la défense de croyance sincère mais erronée acquière une «vraisemblance», il faut établir les éléments suivants: (1) la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels et (2) la preuve que, malgré le refus réel de la plaignante, l'accusé a cru sincèrement mais erronément qu'elle était consentante. La simple affirmation que l'accusé croyait au consentement ne suffit pas à donner ouverture au moyen de défense; cette affirmation doit être appuyée dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances. Cet appui peut provenir de l'accusé ou d'autres sources. La défense de la croyance sincère mais erronée n'est pas interdite en présence de deux versions diamétralement opposées, l'une alléguant l'absence de consentement et l'autre le consentement. Dans de rares cas, il est possible que le jury accepte des portions du témoignage du plaignant et de l'accusé et qu'il conclue à la sincérité de la croyance de l'accusé, malgré l'absence de consentement réel. En l'espèce, il n'existait pas de preuve, émanant de l'accusé ou d'autres sources, à l'appui de la croyance sincère qu'a invoquée l'accusé. Enfin, la Cour d'appel ne s'est pas servie de l'accusation d'enlèvement comme motif pour rejeter la défense de la croyance sincère mais erronée. Elle a simplement dit que la preuve de la séquestration dépouillait cette défense de tout fondement.

Pour les motifs donnés par le juge Cory, le par. 265(4) du Code ne viole pas les al. 11(d) ou 11(f) de la Charte.

Les juges La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents): Dans les affaires criminelles, la défense n'a normalement pas accès aux dossiers médicaux des témoins. La preuve fondée sur des dossiers médicaux est généralement tout à fait marginale par rapport à l'enjeu central du procès. Étant donné l'importance primordiale que notre société accorde à la confidentialité des dossiers médicaux et le grave préjudice que cause au témoin le fait de fouiller dans ces dossiers, ils ne devraient être divulgués que dans de rares cas, s'il existe une preuve forte (1) qu'un doute sérieux plane sur l'habileté du témoin à témoigner ou que son témoignage sur un point particulier est peu fiable en raison des troubles médicaux dont il souffre, et (2) que, sans cette divulgation, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière subirait un grave préjudice. Le simple fait que la défense évoque la pertinence possible de ces dossiers ou émet des hypothèses à cet égard ne saurait suffire. Les recherches à l'aveuglette ne doivent pas être autorisées. Lorsque la divulgation est requise, le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux du témoin doit être restreint à la

they were introduced. Even when the records contain information that is relevant to other issues to be decided, cross-examination on such information should, except in extraordinary cases, nonetheless remain impermissible. Trial judges possess the undoubted discretion to both exclude evidence and limit cross-examination on matters which, although arguably relevant to the issue, are outweighed by their potential to prejudice the trial of the issue. Particularly in the case of complainants in sexual assault trials, there is a serious risk that such information will be used to draw impermissible inferences and encourage the trier of fact to rely on myths about the credibility of sexual assault victims to the prejudice of both the witness and the trial process. Here, the complainant's medical records should not have been disclosed to the accused and admitted into evidence. There was no evidence that the complainant was incapable of giving reliable testimony in general, let alone reliable testimony as to the particular issue to be decided — the issue of consent — or that the complainant was in fact suffering from a condition that would affect her capacity to give reliable testimony. However, once the medical records were disclosed, the trial judge was correct in restricting the purposes for which they could be used and in concluding that the privacy of the complainant was an important value which should play a role in determining the scope of the use of the medical records.

The accused was not denied the opportunity to make full answer and defence because he was unable to cross-examine the complainant on her medical records, including the notation. The material in these records was not relevant to the issue of her consent to the sexual assault. On that issue, the jury already had the benefit of the complainant's direct testimony as to the events themselves and the absence of her consent. She was also cross-examined extensively on this point. There was thus no need to resort to the medical records. On the issue of the accused's honest but mistaken belief in consent, the complainant's thoughts about the sexual assault after the fact are completely irrelevant. The defence normally only arises where the complainant and the accused tell essentially the same story about what occurred but differ in their interpretations as to whether the activity in question amounted to consent. In this case, any mistake of perception or interpretation that might have existed was a matter located solely in the accused's mind. Finally, the material in the medical records concerning the complainant's relationship with

fin pour laquelle ils ont été introduits en preuve. Même lorsque les dossiers renferment des renseignements pertinents pour les questions à trancher, le contre-interrogatoire sur ces renseignements devrait néanmoins, sauf cas exceptionnels, demeurer interdit. Le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire indubitable d'exclure des éléments de preuve et de restreindre le contre-interrogatoire sur des points qui, en dépit de leur pertinence alléguée, pourraient s'avérer préjudiciables eu égard à la question à trancher. En particulier dans le cas des plaignants dans les procès pour agression sexuelle, il existe un risque sérieux que de tels renseignements soient utilisés pour en inférer des conclusions inadmissibles et encourager le juge des faits à juger de la crédibilité des victimes d'agression sexuelle à partir de mythes, au préjudice tant du témoin que du déroulement du procès. En l'espèce, les dossiers médicaux de la plaignante n'auraient pas dû être communiqués à l'accusé et admis en preuve. Rien dans la preuve n'indiquait que la plaignante était incapable de donner un témoignage fiable en général et encore moins, quant à la question précise à trancher — la question du consentement — ou que la plaignante souffrait, dans les faits, d'un trouble susceptible d'affecter son aptitude à rendre un témoignage fiable. Toutefois, comme les dossiers médicaux avaient été communiqués, le juge du procès était fondé à restreindre les fins pour lesquelles ils pouvaient être utilisés et à conclure que la vie privée de la plaignante constituait une valeur importante dont il fallait tenir compte dans la détermination du champ d'utilisation des dossiers médicaux.

L'accusé n'a pas été privé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière parce qu'il n'a pu contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux, y compris la note. Les informations que renfermaient ces dossiers n'étaient pas pertinentes quant à la question du consentement à l'agression sexuelle. Sur cette question, le jury disposait déjà du témoignage direct de la plaignante sur les événements eux-mêmes et son absence de consentement. Elle a subi à ce sujet un contre-interrogatoire serré. Il n'y avait donc nul besoin de recourir aux dossiers médicaux. Quant à la question de la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement, les pensées qu'a pu avoir après le fait la plaignante au sujet de l'agression sont dépourvues de toute pertinence. La défense n'est normalement soulevée que lorsque la plaignante et l'accusé racontent essentiellement la même version mais que leur interprétation diverge quant à savoir si l'activité en cause équivalait à un consentement. En l'espèce, toute erreur de perception ou d'interprétation existait uniquement dans la tête de l'accusé. Enfin, les informations contenues dans les dos-

her parents was not relevant to the issue of whether she was sexually assaulted. In any event, the jury was already aware of the complainant's difficulties with her parents and the theory of the defence that she invented the story of the assault to avoid repercussions with her parents. It is obvious that the proposed cross-examination to determine "what kind of person the complainant is" would have been highly prejudicial. Its purpose was to attack the complainant's credibility in a general way by putting before the jury every difficulty in her personal life in the hope that they would then draw negative inferences about her character and credibility. Cross-examination for this purpose is clearly impermissible. These are precisely the inferences based upon rape myths which work to the prejudice of complainants in sexual assault cases and which Parliament, in enacting s. 276 of the *Code*, has attempted to prevent. Furthermore, the proposed cross-examination could only have prejudiced the trial by distracting the jury from the narrow issue of consent.

The trial judge was correct in not putting the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. In the circumstances of this case, there was no air of reality to the defence. While it was open to the jury to disbelieve the complainant and either believe or have a reasonable doubt as to the testimony of the accused, the jury was obliged to reach their verdict on the basis of the evidence before them. Had the trial judge left the defence with the jury, he would have been inviting them to speculate on yet a third version of events wholly unsupported by the evidence of either party. To do so would have been an error on the part of the trial judge.

For the reasons given by Cory J., s. 265(4) of the *Code* does not violate s. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

The reasons of McLachlin J. were substantially agreed with.

Cases Cited

By Cory J.

Considered: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; **referred to:** *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275; *R. v. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142; *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119; *R. v. Lindlau* (1978), 40

siers médicaux au sujet des relations de la plaignante avec ses parents n'étaient pas pertinentes quant à la question de savoir si elle a été agressée sexuellement. À tout événement, le jury était déjà au courant des difficultés qu'avait la plaignante avec ses parents et de la thèse de la défense voulant qu'elle ait inventé l'histoire de l'agression pour éviter leurs reproches. Il est évident que le contre-interrogatoire proposé afin de déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante» aurait été fortement préjudiciable. Il visait à contester la crédibilité générale de la plaignante en soumettant aux jurés toutes les difficultés auxquelles elle s'était heurtée dans sa vie personnelle, dans l'espoir qu'ils en tireraient des conclusions négatives sur sa moralité et sa crédibilité. Un contre-interrogatoire mené à cette fin est manifestement inadmissible. Or, telles sont précisément les inférences fondées sur des mythes qui sont préjudiciables aux victimes d'agression sexuelle et que le législateur s'est efforcé de prévenir, en adoptant l'art. 276 du *Code*. De plus, le contre-interrogatoire proposé n'aurait pu que nuire au procès en détournant l'attention du jury de la question précise du consentement.

Le juge du procès a eu raison de ne pas présenter au jury le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Dans les circonstances de l'espèce, le moyen de défense n'avait aucune vraisemblance. Il était loisible au jury de ne pas croire la plaignante et soit de croire le témoignage de l'accusé, soit d'avoir un doute raisonnable à ce sujet, mais il était tenu de rendre un verdict à partir des éléments de preuve dont il disposait. Si le juge du procès avait soumis ce moyen de défense au jury, il l'aurait ainsi invité à spéculer sur une troisième version des faits qui ne ressortait aucunement de la preuve soumise par l'une ou l'autre des parties. Il aurait ainsi commis une erreur.

Pour les motifs donnés par le juge Cory, le par. 265(4) du *Code* ne viole pas les al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte*.

Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour l'essentiel.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts examinés: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; **arrêts mentionnés:** *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275; *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142; *Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163; *R. c. Lindlau* (1978), 40

C.C.C. (2d) 47; *Titus v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 259; *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. v. Giffin* (1986), 69 A.R. 158; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *R. v. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621; *R. v. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

By Sopinka J.

Referred to: *Lee Chun-Chuen v. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Seaboyer, [1991] 2 S.C.R. 577; *Boran v. Wenger*, [1942] O.W.N. 185; *R. v. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248; *Majcenic v. Natale*, [1968] 1 O.R. 189; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *R. v. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xiii; *R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Toohey v. Metropolitan Police Commissioner, [1965] 1 All E.R. 506; *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242, leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. viii; *R. v. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98; *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

C.C.C. (2d) 47; *Titus c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 259; *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. c. Giffin* (1986), 69 A.R. 158; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621; *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *Lee Chun-Chuen c. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Seaboyer, [1991] 2 R.C.S. 577; *Boran c. Wenger*, [1942] O.W.N. 185; *R. c. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248; *Majcenic c. Natale*, [1968] 1 O.R. 189; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *R. c. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii; *R. c. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Yuill c. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Toohey c. Metropolitan Police Commissioner, [1965] 1 All E.R. 506; *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 3 R.C.S. viii; *R. c. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98; *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38, s. 2.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 11(d), (f), 15, 28.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(4), 276 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 12; rep. & sub. 1992, c. 38, s. 2], 276.1 to 276.4 [en. 1992, c. 38, s. 2], 277 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 13].
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

Authors Cited

- Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94.
- Calgary Herald*, July 16, 1993, p. A12, "Assault Cases: Women's groups seek tighter rein on defence questioning".
- Canada. Report of Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1992.
- Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf).
- Globe and Mail (The)*, July 15, 1993, p. A7, "B.C. psychiatrist refusing to hand over file: Fears releasing confidential therapy data would hurt patient who alleges sex abuse".
- Globe and Mail (The)*, May 15, 1993, p. D3, "Confidentiality: Balancing justice and medical ethics".
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, U.S.A.: Transaction Books, 1983.
- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

Lois et règlements cités

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 11d), f), 15, 28.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4), 276 [mod. ch. 19 (3^e suppl.), art. 12; abr. & rempl. 1992, ch. 38, art. 2], 276.1 à 276.4 [aj. 1992, ch. 38, art. 2], 277 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 13].
- Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

Doctrines citées

- Bryant, Alan W. «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94.
- Calgary Herald*, July 16, 1993, p. A12, «Assault Cases: Women's groups seek tighter rein on defence questioning».
- Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf).
- Globe and Mail (The)*, July 15, 1993, p. A7, «B.C. psychiatrist refusing to hand over file: Fears releasing confidential therapy data would hurt patient who alleges sex abuse».
- Globe and Mail (The)*, May 15, 1993, p. D3, «Confidentiality: Balancing justice and medical ethics».
- Groupe de travail fédéral-provincial-territorial des procureurs généraux sur l'égalité des sexes dans le système de justice canadien. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1992.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, U.S.A.: Transaction Books, 1983.
- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*, vol. 2. Toronto: The Commission, 1980. ^a

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A (Tillers rev.). Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940. ^b

Williams, John M. "Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597. ^c

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of sexual assault and kidnapping. Appeal allowed and new trial ordered, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting. ^d

John D. McAlpine, Q.C., and *Paul R. Bennett*, for the appellant.

Elizabeth Bennett, for the respondent.

Donna R. Valgardson and *Nancy L. Irving*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Susan Chapman, for the intervener the Attorney General for Ontario. ^e

Jacques Gauvin and *Daniel Grégoire*, for the intervener the Attorney General of Quebec. ^f

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of Justice Cory and concur in his result. ^g

I agree with my colleague that the trial judge erred in refusing to permit cross-examination on the medical records. The cross-examination was appropriate because it had a proper purpose — to determine whether there was evidence to support a ^h

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*, vol. 2. Toronto: The Commission, 1980. ^a

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A (Tillers rev.). Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940. ^b

Williams, John M. «Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*» (1985), 63 *R. du B. can.* 597. ^c

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations d'agression sexuelle et d'enlèvement. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents. ^d

John D. McAlpine, c.r., et *Paul R. Bennett*, pour l'appelant.

Elizabeth Bennett, pour l'intimée. ^e

Donna R. Valgardson et *Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le procureur général du Canada. ^f

Susan Chapman, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario. ^g

Jacques Gauvin et *Daniel Grégoire*, pour l'intervenant le procureur général du Québec. ^h

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à sa conclusion. ⁱ

Comme mon collègue, j'estime que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'autoriser le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux. Le contre-interrogatoire était approprié parce qu'il poursuivait un but régulier — détermi-