

**Her Majesty The Queen** *Appellant;*

and

**Howard Lorne Konkin** *Respondent.*

File No.: 16807.

1982: December 1; 1983: April 26.

Present: Laskin C.J. and Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer and Wilson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Criminal law — Attempted rape — Evidence — Complainant's post-offence sexual conduct ruled inadmissible at trial after s. 142 hearing — Whether or not evidence should have been admitted — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 142.*

This is a Crown appeal from a Court of Appeal judgment setting aside respondent's conviction of attempted rape and ordering a new trial.

At respondent's trial the judge, following an *in camera* hearing held pursuant to s. 142(1) of the *Criminal Code*, ruled that the evidence relating to the complainant's pre-offence sexual conduct was admissible. Evidence of complainant's post-offence sexual conduct was not admitted, however, because the trial judge considered it irrelevant. Section 142(2) gave the trial judge a discretion to include evidence if he were satisfied that it was necessary to a just determination of an issue of fact, and to exclude it if not so satisfied. The issue here was the admissibility of evidence relating to complainant's post-offence sexual conduct with persons other than the accused and the trial judge's treatment of this evidence.

*Held* (Beetz, Chouinard and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and Lamer JJ.: The trial judge's ruling erroneously affirmed his previous assertion that post-offence sexual conduct was irrelevant in principle and he therefore did not consider the requirements of s. 142(1). Although the trial judge might be said to have asked himself whether the defence on a balance of probabilities had established the necessity of asking questions relating to complainant's post-offence sexual conduct, a conviction cannot properly be founded on what was at best speculation as to the trial

**Sa Majesté La Reine** *Appelante;*

et

**Howard Lorne Konkin** *Intimé.*

*a*

N° du greffe: 16807.

1982: 1<sup>er</sup> décembre; 1983: 26 avril.

*b* Présents: Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson, Beetz, Chouinard, Lamer et Wilson.

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

*Droit criminel — Tentative de viol — Preuve — À l'issue d'une audience tenue en vertu de l'art. 142, la preuve quant à la conduite sexuelle de la plaignante après l'infraction a été jugée irrecevable — Recevabilité de cette preuve — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 142.*

*d*

Le ministère public se pourvoit contre un arrêt par lequel la Cour d'appel a annulé le verdict de culpabilité de tentative de viol rendu contre l'intimé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

*e*

Au procès de l'intimé, le juge, à l'issue d'une audience à huis clos tenue conformément au par. 142(1) du *Code criminel*, a conclu à la recevabilité de la preuve relative à la conduite sexuelle de la plaignante avant l'infraction. La preuve quant à sa conduite sexuelle après l'infraction n'a toutefois pas été admise parce que le juge du procès l'a estimée non pertinente. Le paragraphe 142(2) confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'admettre une preuve s'il est convaincu qu'elle est nécessaire pour toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et, dans l'hypothèse contraire, de l'exclure. La question en litige concerne la recevabilité d'une preuve relative à la conduite sexuelle de la plaignante avec des personnes autres que l'accusé après la perpétration de l'infraction, et la manière dont le juge du procès a traité cette preuve.

*h*

*Arrêt* (les juges Beetz, Chouinard et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*i*

Le juge en chef Laskin et les juges Ritchie, Dickson et Lamer: Dans sa décision le juge du procès a confirmé, à tort, sa déclaration antérieure qu'il est de principe que la conduite sexuelle postérieure à l'infraction n'est pas pertinente; par conséquent, il n'a pas tenu compte des exigences du par. 142(1). Bien qu'il soit possible de prétendre que le juge du procès s'est demandé si la défense avait établi, selon une prépondérance des probabilités, la nécessité de poser des questions concernant la conduite sexuelle de la plaignante après l'infraction, on

judge's intention. There was too tenuous a basis in what the trial judge said to extend it to include the post-offence conduct in his assessment required under s. 142(1).

*Per Beetz, Chouinard and Wilson JJ., dissenting:* The trial judge properly excluded evidence of complainant's post-offence sexual conduct, not as a matter of principle but because it was not relevant on the facts before him. He believed that the complainant's post-offence sexual conduct was occasioned by the trauma of the rape and therefore would not permit a humiliating and devastating inquiry into it at trial. The admission of such evidence, inadmissible prior to the enactment of s. 142 would not effect a balancing of the interests of the complainant and the accused.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal, [1981] 6 W.W.R. 632, 31 A.R. 518, 6 C.C.C. (2d) 193, setting aside a conviction of respondent of attempted rape and ordering a new trial. Appeal dismissed, Beetz, Chouinard and Wilson JJ. dissenting.

*Ian Kirkpatrick*, for the appellant.

*William R. Pieschel*, for the respondent.

The judgment of Laskin C.J. and Ritchie, Dickson and Lamer JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This is a Crown appeal from a majority judgment of the Alberta Court of Appeal, delivered by McGillivray C.J.A., Harradence J.A. concurring, setting aside a conviction of the accused of attempted rape and ordering a new trial. Prowse J.A., dissenting, would have dismissed the accused's appeal.

The main issue before this Court and, indeed before the Alberta Court of Appeal, was the admissibility of evidence of post-offence sexual misconduct of the complainant with persons other than the accused and the trial judge's treatment of this evidence. At the trial, there was an *in camera* hearing in the absence of the jury under *Criminal Code*, s. 142(1) to enable counsel for the accused

ne peut à bon droit fonder une déclaration de culpabilité sur ce qui n'est qu'une conjecture quant à l'intention du juge du procès. Les propos de ce dernier sont trop équivoques pour qu'on puisse conclure qu'en faisant l'appréciation que prévoit le par. 142(1), il a tenu compte de la conduite postérieure à l'infraction.

*Les juges Beetz, Chouinard et Wilson, dissidents:* C'est à bon droit que le juge du procès a exclu la preuve quant à la conduite sexuelle de la plaignante après l'infraction, non pas par principe, mais parce qu'elle n'était pas pertinente compte tenu des faits de l'espèce. D'après le juge, cette conduite résultait du traumatisme occasionné par le viol et, par conséquent, il n'a pas permis qu'elle fasse l'objet d'une enquête humiliante et accablante au cours du procès. L'admission d'une preuve de ce genre, ce qui eut été impossible avant l'adoption de l'art. 142, n'aurait pas pour effet d'établir un équilibre entre les intérêts de la plaignante et ceux de l'accusé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta, [1981] 6 W.W.R. 632, 31 A.R. 518, 63 C.C.C. (2d) 193, qui a annulé un verdict de culpabilité de tentative de viol rendu contre l'intimé et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté, les juges Beetz, Chouinard et Wilson sont dissidents.

*Ian Kirkpatrick*, pour l'appelante.

*William R. Pieschel*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Laskin et des juges Ritchie, Dickson et Lamer rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le ministère public se pourvoit contre un arrêt par lequel la Cour d'appel de l'Alberta à la majorité (motifs du juge en chef McGillivray auxquels le juge Harradence a souscrit) a infirmé le verdict de culpabilité de tentative de viol rendu contre l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Prowse, dissident, aurait rejeté l'appel de l'accusé.

La question principale en cette Cour, et en Cour d'appel de l'Alberta d'ailleurs, concerne la recevabilité d'une preuve d'inconduite sexuelle de la part de la plaignante avec des personnes autres que l'accusé après la perpétration de l'infraction, et la manière dont le juge du procès a traité cette preuve. Au procès, il y a eu, en vertu du par. 142(1) du *Code criminel*, une audience à huis clos

to put questions to the complainant as to her conduct with persons other than the accused. A proper basis for putting these questions was established as required by s. 142(1)(a). The complainant admitted at the *in camera* hearing post-offence sexual misconduct with persons other than the accused, including intercourse with five men on a single occasion, about three months after the offence charged against the accused and after the preliminary inquiry. Questions were also asked about pre-offence misconduct with persons other than the accused, and although this evidence related to incidents which occurred as long as two years before, this evidence was admitted at the trial proper but the evidence respecting post-offence misconduct was not allowed to be adduced.

It was conceded by the Crown that an enquiry could be made into post-offence misconduct pursuant to s. 142(1) as relevant to the complainant's credibility, provided the misconduct was not too remote. In the present case, remoteness itself was not a bar. What then was the trial judge's reason for denying resort to this post-offence evidence? *Criminal Code* s. 142(1)(b) gives the trial judge a discretion if, after the *in camera* hearing "[he] 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". Correspondingly, if he is not so satisfied, he may exclude the evidence.

In my opinion, the record in this case indicates that the trial judge excluded the proffered evidence because he held it to be irrelevant. During the course of argument on the issues raised under s. 142(1), when accused's counsel was urging that the post-offence misconduct should be admitted at trial, the trial judge asked: "How would that go to her credibility if she admits that?"; and then, further, "She says I did it. She says she did it". To

hors la présence du jury afin de permettre à l'avocat de l'accusé de poser à la plaignante des questions sur son comportement avec des personnes autres que l'accusé. On a satisfait aux exigences de l'al. 142(1)a) à cet égard. À l'audience à huis clos, la plaignante a avoué son inconduite sexuelle avec des personnes autres que l'accusé postérieurement à l'infraction; elle a avoué notamment qu'environ trois mois après la perpétration de l'infraction imputée à l'accusé et après l'enquête préliminaire, elle a eu, en une seule occasion, des relations sexuelles avec cinq hommes. On lui a posé également des questions sur son inconduite avec des personnes autres que l'accusé avant l'infraction et, bien que cette preuve se soit rapportée à des incidents qui avaient eu lieu jusqu'à deux ans auparavant, elle a été reçue au procès proprement dit tandis qu'on n'a pas autorisé la présentation de la preuve concernant l'inconduite postérieure à l'infraction.

Le ministère public a reconnu qu'on pouvait, en vertu du par. 142(1), faire enquête sur l'inconduite qui a eu lieu après l'infraction, car pareille inconduite, pourvu qu'elle ne soit pas trop lointaine, se rapporte au crédit à accorder à la plaignante. En l'espèce, ce n'est pas le caractère lointain qui constitue un empêchement. Pour quel motif donc le juge du procès a-t-il refusé qu'on ait recours à cette preuve quant au comportement après l'infraction? L'alinéa 142(1)b) du *Code criminel* confère au juge du procès un pouvoir discrétionnaire dans le cas où, après tenue de l'audience à huis clos, il est «convaincu . . . 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». De même, s'il n'en n'est pas convaincu, il peut exclure la preuve.

À mon avis, il se dégage du dossier en l'espèce que le juge du procès a exclu la preuve qu'on désirait apporter parce qu'il la jugeait sans pertinence. Au cours des plaidoiries sur les questions que soulève le par. 142(1), lorsque l'avocat de l'accusé a fait valoir que la preuve de l'inconduite qui a eu lieu après l'infraction devait être reçue au procès, le juge a demandé: [TRADUCTION] «Si elle avoue cela, quel rapport cela aura-t-il avec la

which counsel replied, "Well, it goes to character and general reputation". The trial judge ended the matter by saying "That is irrelevant after the event". It may be that he was replying to counsel's answers and did not rule out all post-offence misconduct, but this is far from clear.

There is no doubt that there is evidence in the record before the trial judge which appears to diminish any ruling on the exclusion of post-offence misconduct. For example, he said, in the course of an argument of admissibility:

Section 142 speaks of sexual conduct without saying prior or subsequent or anything so it seems to give the judge sitting at a hearing, such as we are in now, the right, or maybe the duty to hear the whole story, he then has to decide which is relevant to the issues in fact in the trial.

And, again:

Very good. I am of the view that at this in-camera hearing I can hear evidence about her work as a stripper in 1980 and I will allow defence counsel to continue. This is to enable me to make a just determination as to what should be allowed at the trial.

And further:

It may be that you're right, that nonetheless, a jury weighing the issue of credibility should be able to know about her entire sexual history and can argue backward from subsequent events to say, well, she's more likely being such and such, I don't know.

On the other hand, there are contrary observations which cast considerable doubt on his recognition of the relevancy of post-offence misconduct. The following are illustrative. When counsel for the accused said he was calling evidence to show that since the charged misconduct the complainant had on at least two occasions had sexual intercourse with men, not only one man on one occasion

crédibilité de son témoignage?»; et puis: [TRADUCTION] «Elle dit je l'ai fait. Elle dit qu'elle l'a fait.» L'avocat a répondu: [TRADUCTION] «Bon, cela se rapporte aux moeurs et à la réputation générale.» Le juge du procès a tranché la question en disant: [TRADUCTION] «Après le fait, ce n'est pas pertinent.» Peut-être ne faisait-il que répliquer aux réponses de l'avocat et sans écarter ainsi toute preuve d'inconduite après l'infraction, mais c'est loin d'être certain.

Il est indubitable cependant que certains passages du dossier semblent indiquer que le juge du procès n'a pas rejeté catégoriquement la preuve quant à l'inconduite qui a eu lieu après l'infraction. Il a dit, par exemple, au cours des plaidoiries sur la recevabilité de cette preuve:

[TRADUCTION] L'article 142 parle du comportement sexuel sans préciser s'il s'agit du comportement antérieur, du comportement postérieur ou autre; il paraît donc accorder au juge qui préside une audience comme celle qui se déroule présentement le droit, ou peut-être l'obligation, d'entendre l'ensemble des faits, après quoi il doit décider lesquels sont réellement pertinents en l'espèce.

Puis:

[TRADUCTION] Très bien. Je suis d'avis que dans cette audience à huis clos, je peux entendre des témoignages sur son travail en tant qu'effeuilleuse en 1980 et je permettrai donc à l'avocat de la défense de continuer. Ainsi, je serai en mesure de rendre une décision équitable sur les éléments de preuve qui doivent être admis au procès.

Et plus loin:

[TRADUCTION] Il se peut que vous ayez raison et qu'un jury saisi de la question du crédit à accorder à une plaignante doive néanmoins être au courant de tout son passé sexuel de manière à pouvoir conclure, à partir des événements subséquents, qu'il est plus probable qu'elle se soit comportée de telle ou telle façon, que sais-je.

Il y a, par contre, des observations dans le sens contraire qui jettent un doute considérable sur sa reconnaissance de la pertinence de l'inconduite postérieure à l'infraction. En voici des illustrations. Lorsque l'avocat de l'accusé a exprimé son intention de prouver que, depuis l'incident visé par l'acte d'accusation, la plaignante a eu, au moins à deux reprises, des relations sexuelles avec des

but on another occasion a number of men at once, the trial judge said:

I'm having a little trouble following—just seeing what the relevance of sexual intercourse after the event is.

And again:

... but she didn't say I haven't had sexual relations since the incident, and it seems to me her sexual conduct since the incident is nobody's business.

Further, in the course of proceedings:

I really have difficulty following your reasoning there, Mr. Pieschel. Let's try it once more. What has her sexual conduct after the event got to do with credibility? I mean, are you saying that people that have a lot of sex are dishonest?

And again:

... what she did after the incident is surely nobody's business in her sex life. What has that got to do with it?

Subsequently, the trial judge made a ruling before the jury was brought in. I reproduce the ruling which in its entirety is as follows:

Thank you. I will give judgment now in this matter. It is my duty to insure that the accused is given a fair trial. It is equally my duty to afford to the complainant the protection provided by Section 142 of the Criminal Code, that is to say, she must be protected from harrasment with respect to her sexual conduct with persons other than the accused. I will only permit questions to be put that I am satisfied are necessary in order to enable the jury to make a just determination of issues of consent and the credibility of the complainant.

In considering this application, I have asked myself this question, has the defence on a balance of probabilities established that it is necessary that it be allowed to question the complainant on matters mentioned in the amended notice in order to permit the making of a just determination of the issues of credibility and consent.

In the particular circumstances of this case including the important factor that evidence as to the sexual conduct of the complainant was led in her direct examination, I am persuaded that the application must be allowed in part. The defence will be allowed to question the complainant concerning her sexual conduct with persons other than the accused under all five headings

hommes, non seulement avec un seul homme dans un cas, mais aussi avec plusieurs hommes en même temps dans un autre cas, le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] J'ai quelque difficulté à comprendre—à voir en quoi les relations sexuelles après l'événement peuvent être pertinentes.

Puis:

[TRADUCTION] ... mais elle ne dit pas qu'elle n'a pas eu de relations sexuelles depuis l'incident et il me semble d'ailleurs que cela ne regarde personne.

Et plus loin dans les procédures:

[TRADUCTION] J'ai vraiment du mal à comprendre votre raisonnement, M<sup>e</sup> Pieschel. Encore une fois: quel est le rapport entre son comportement sexuel après l'événement et la crédibilité de son témoignage? Prétendez-vous en fin de compte que les gens qui ont souvent des relations sexuelles sont malhonnêtes?

Puis:

[TRADUCTION] ... ce qu'elle a fait après l'incident ne regarde sûrement personne. En quoi cela est-il pertinent?

Après avoir dit cela et avant de rappeler le jury, le juge du procès a rendu une décision. En voici le texte que je reproduis intégralement:

[TRADUCTION] Merci. Voici ma décision sur cette question. Il m'incombe d'assurer que l'accusé a un procès impartial. Il m'incombe également d'accorder à la plaignante la protection qu'offre l'art. 142 du Code criminel, c'est-à-dire que je dois la protéger contre tout harcèlement relativement à son comportement sexuel avec d'autres personnes que l'accusé. Je permettrai que soient posées seulement les questions que j'estime nécessaires pour que le jury puisse rendre une décision équitable sur les questions du consentement et du crédit à accorder à la plaignante.

En étudiant cette demande, je me suis posé la question suivante: la défense a-t-elle établi selon une prépondérance des probabilités qu'il est nécessaire de lui permettre, afin de rendre possible une décision équitable sur les questions du crédit et du consentement, d'interroger la plaignante sur les sujets mentionnés dans l'avis modifié.

Étant donné les circonstances particulières de l'espèce et compte tenu surtout du fait qu'au cours de l'interrogatoire direct de la plaignante celle-ci a témoigné sur son comportement sexuel, je suis convaincu qu'il y a lieu d'accueillir cette demande en partie. Il sera permis à la défense de poser des questions à la plaignante sur son comportement sexuel avec des personnes autres que

set out in the amended notice as it was clarified in discussion with counsel for the defence. However, those questions can only cover the conduct of the complainant up to and including March 31st, 1979. That is to say, no questions will be permitted as to her sexual conduct with persons other than the accused which occurred after March 31st, 1979.

I regard this as an affirmation of the previous assertion that post-offence misconduct is irrelevant. That, of course, is error and removes any consideration by him of the requirements of s. 142(1). It is said, however, that the trial judge, in his ruling had said that he asked himself the question whether the defence on a balance of probabilities established that it is necessary that it be allowed to question the matters mentioned in the amended notice, that is, the notice under s. 142(1)(a) of the accused's intention to ask the complainant as to sexual conduct with persons other than the accused. The following paragraph of the ruling makes it clear to me that the trial judge was concerned here with the pre-offence misconduct. When he came to the post-offence misconduct, he excluded it in principle.

There is too tenuous a basis in what the trial judge said to extend it to include the post-offence misconduct into his assessment of s. 142(1). A conviction cannot properly be founded on what is at best speculation as to what he intended. It was simple enough to speak plainly if irrelevancy was not the excluding consideration.

For these reasons, as well as those of the majority of the Alberta Court of Appeal, I would dismiss the appeal and affirm the order for a new trial.

The reasons of Beetz, Chouinard and Wilson JJ., were delivered by

WILSON J. (*dissenting*)—The broad issue raised by this appeal is the extent to which s. 142 of the *Criminal Code* changed the common law respect-

l'accusé dans le cadre des cinq rubriques contenues dans l'avis modifié qui a été clarifié au cours d'un entretien avec l'avocat de la défense. Toutefois, ces questions ne peuvent viser le comportement de la plaignante postérieur au 31 mars 1979. Cela veut dire qu'il ne sera pas permis de poser des questions sur son comportement sexuel avec des personnes autres que l'accusé après cette date.

Je vois dans ce passage la confirmation de la déclaration antérieure selon laquelle l'inconduite qui a lieu après l'infraction n'est pas pertinente. Cela est évidemment erroné et implique l'omission de la part du juge de tenir compte des exigences du par. 142(1). On fait valoir, cependant, que le juge du procès dit dans sa décision s'être posé la question de savoir si la défense a établi, selon la prépondérance des probabilités, la nécessité de lui permettre de poser des questions sur les points mentionnés dans l'avis modifié, c'est-à-dire dans l'avis, donné conformément à l'al. 142(1)a), de l'intention de l'accusé d'interroger la plaignante sur son comportement sexuel avec d'autres personnes que lui. Mais, à mon avis, il ressort clairement du paragraphe suivant de la décision que le juge du procès ne s'intéressait qu'à l'inconduite antérieure à l'infraction. Quant à l'inconduite postérieure, il l'a exclue par principe.

Les propos du juge du procès sont trop équivoques pour qu'on puisse conclure qu'en faisant l'appréciation que prévoit le par. 142(1), il a tenu compte de l'inconduite postérieure à l'infraction. Une déclaration de culpabilité ne peut à bon droit être fondée sur ce qui n'est, même si on met les choses au mieux, que conjecture quant à l'intention du juge. Il aurait été assez simple de dire clairement que le caractère non pertinent n'avait pas motivé l'exclusion.

Pour ces motifs et pour ceux de la majorité en Cour d'appel de l'Alberta, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance portant nouveau procès.

Version française des motifs des juges Beetz, Chouinard et Wilson rendus par

LE JUGE WILSON (*dissidente*)—La question générale soulevée en l'espèce est de savoir dans quelle mesure l'art. 142 du *Code criminel* modifie

ing the admissibility of evidence of sexual conduct of the complainant in a rape case with persons other than the accused. Section 142 replaced an earlier section requiring judges to warn juries of the danger of convicting persons accused of rape in the absence of corroboration of the complainant's testimony.

The decision of this Court in *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 S.C.R. 117, provides a convenient entrée into the law as it stood prior to the enactment of the section. It was held in that case that while the complainant could be asked questions about her prior sexual conduct, *i.e.* conduct prior to the offence being tried, she was not obliged to answer them. It was for the judge to decide whether she must answer them or not. In that case the Court engaged in an extensive review of English authorities and English texts on the law of evidence and concluded:

1. that the accused could not be deprived of the right to ask the question because the complainant might answer it in a way favourable to him;
2. the complainant was not obliged to answer it unless directed by the judge to do so inasmuch as
  - (a) it did not go directly to a fact in issue;
  - (b) it could open up a wide range of inquiry into collateral matters;
  - (c) it went only to the complainant's character or credibility; and
  - (d) the character and credibility of the complainant could be impeached only by general evidence and not by evidence of particular facts not in issue in the case;
3. that if the complainant denied the sexual conduct with other men, the accused was

la *common law* en ce qui a trait à la recevabilité, dans une affaire de viol, d'éléments de preuve relatifs au comportement sexuel de la plaignante avec d'autres personnes que l'accusé. L'article 142 <sup>a</sup> remplace une disposition antérieure qui imposait aux juges de mettre les jurys en garde contre le danger de déclarer coupable, en l'absence d'une corroboration du témoignage de la plaignante, une personne accusée de viol.

<sup>b</sup> L'arrêt de cette Cour *Laliberté v. The Queen* (1877), 1 R.C.S. 117, fournit un point de départ commode pour un examen de l'état du droit antérieurement à l'adoption de l'article. La Cour <sup>c</sup> a conclu dans cette affaire que, bien qu'il fût permis de poser à la plaignante des questions sur son comportement sexuel antérieur, *c.-à-d.* sur son comportement avant l'infraction en cause, elle <sup>d</sup> n'était pas tenue d'y répondre. Il appartenait au juge de décider si elle devait répondre à ces questions. Dans le même arrêt, la Cour a fait un examen exhaustif de la jurisprudence et de la doctrine anglaises relatives au droit de la preuve et <sup>e</sup> a conclu:

1. que l'accusé ne pouvait être privé du droit de poser la question parce que la réponse de la plaignante pourrait lui être favorable;
2. qu'à moins que le juge ne lui ordonne de le faire, la plaignante n'était pas obligée de répondre à la question vu
  - a) qu'elle ne portait pas directement sur un fait en litige;
  - b) qu'elle pouvait donner lieu à une enquête de grande envergure sur des questions incidentes;
  - c) qu'elle ne portait que sur la moralité de la plaignante et sur le crédit à lui accorder; et
  - d) que la moralité de la plaignante et le crédit à lui accorder ne pouvaient être contestés que par une preuve générale et non pas par une preuve quant à des faits particuliers non en litige en l'espèce;
3. que, si la plaignante niait son comportement sexuel avec d'autres hommes, l'accusé devait

bound by her answer and could not cross examine or lead evidence to contradict her.

A more succinct statement of the common law is found in *Gross v. Brodrecht* (1897), 24 O.A.R. 687, where Osler J.A. says, at p. 689:

... evidence of specific acts of lewdness and unchastity with men other than the prisoner is not [admissible]. She may be asked as to them, but cannot be compelled to answer, and if she denies them cannot be contradicted. . . . such evidence is rejected because it is not relevant to the issue, going merely to the credit of the prosecutrix, since the mere fact of her having had connection with other men can be no defence to the charge of rape. . . .

The Law Reform Commission of Canada having concluded that the common law did not afford sufficient protection to complainants and that because of this many rapes were not being reported and prosecuted, recommended in 1971 that questioning of the complainant with respect to her sexual conduct with other men be prohibited and the legislature responded by enacting s. 142. Subsection (1) of s. 142 provides 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 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.

This Court had its first opportunity to discuss the effect of s. 142 in *Forsythe v. The Queen* [1980] 2 S.C.R. 268. In that case s. 142 was raised at the preliminary hearing stage and the presiding judge declined to compel the complainant to give

accepter sa réponse et ne pouvait la soumettre à un contre-interrogatoire ni apporter des éléments de preuve tendant à la contredire.

À la page 689 de l'arrêt *Gross v. Brodrecht* (1897), 24 O.A.R. 687, le juge Osler de la Cour d'appel fait un énoncé plus succinct de la *common law*:

[TRADUCTION] . . . la preuve d'actes précis de lascivité et d'impudicité accomplis avec d'autres hommes que l'inculpé n'est pas [recevable]. On peut lui poser des questions à leur égard, mais on ne peut l'obliger à y répondre, et si elle nie les avoir accomplis, on ne peut la contredire: . . . cette preuve est rejetée parce qu'elle n'est pas pertinente en l'espèce, se rapportant simplement au crédit à accorder à la poursuivante, car le simple fait qu'elle a eu des relations sexuelles avec d'autres hommes ne peut constituer une défense contre l'accusation de viol. . . .

Ayant conclu que la *common law* ne protégeait pas suffisamment les plaignantes et qu'en conséquence bon nombre de viols n'étaient pas dénoncés et ne faisaient pas l'objet de poursuites, la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé en 1971 qu'il soit interdit de poser à la plaignante des questions concernant son comportement sexuel avec d'autres hommes; et le législateur a réagi en adoptant l'art. 142 dont voici le par. (1):

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 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.

C'est l'affaire *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268, qui a offert à cette Cour la première occasion d'examiner l'effet de l'art. 142. Dans cette affaire, l'art. 142 a été invoqué au stade de l'enquête préliminaire et le juge qui présidait a



evidence *in camera* although the notice requirements were apparently met. This Court held that she was compellable at the *in camera* hearing. It reasoned that the judge had to hear her evidence in order to assess its weight with a view to exercising his discretion under the section. How could he satisfy himself as to whether or not the exclusion of the evidence would "prevent the making of a just determination of an issue of fact in the proceedings, including the credibility of the complainant" if he had not first heard the evidence?

It seems to be implicit in the Court's judgment that the complainant must answer all questions put to her in order that the determination under the section can be made. This is, of course, a substantial departure from the common law. The Supreme Court held, however, that it was mandated by the section which by its terms makes the credibility of the complainant "an issue of fact in the proceedings". Accordingly, not only must the complainant answer the question at the *in camera* hearing but her answers can be contradicted by evidence led by the accused. The judge will then assess the weight of the evidence and decide whether or not it should be admitted at trial. In effect s. 142, instead of minimizing the embarrassment to complainants, increased it. Chief Justice Laskin, in commenting on its purpose in *Forsythe*, said at p. 276:

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.

At the *in camera* hearing in the present case the complainant was questioned about pre-offence sexual conduct with persons other than the accused and, although this evidence related to incidents which occurred as long as two years earlier, the evidence was admitted at the trial. The complainant was also questioned at the *in camera* hearing about post-offence sexual conduct with persons other than the accused, including intercourse with five men on a single occasion about three months after the offence charged against the accused and after the preliminary inquiry. The

refusé d'exiger que la plaignante témoigne à huis clos, bien que l'avis requis ait été apparemment fourni. Cette Cour a conclu qu'elle était contraignable à l'audience à huis clos. Elle a estimé que le juge devait entendre son témoignage afin d'en déterminer la valeur en vue d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'article. Comment pouvait-il se convaincre que l'exclusion de la preuve «empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante», s'il n'avait pas d'abord entendu cette preuve?

Il semble ressortir implicitement de l'arrêt de la Cour que la plaignante doit répondre à toutes les questions qui lui sont posées afin que la décision prévue par l'article puisse être prise. En cela, évidemment, on s'éloigne sensiblement de la *common law*. La Cour suprême a toutefois conclu que c'est ce qu'exige l'article lorsqu'il dit expressément que le crédit accordé à la plaignante est «un point de fait». Donc, non seulement la plaignante doit-elle répondre à la question à l'audience à huis clos, mais l'accusé peut apporter des preuves contredisant les réponses qu'elle a données. Le juge détermine alors la valeur de la preuve et décide si elle doit être reçue au procès. En réalité, l'art. 142, loin de minimiser l'embarras que peuvent éprouver les plaignantes, l'augmente. Le juge en chef Laskin, commentant l'objet de l'art. 142 dans l'arrêt *Forsythe*, dit à la p. 276:

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.

À l'audience à huis clos qui a été tenue en l'espèce, on a interrogé la plaignante sur son comportement sexuel antérieur à l'infraction avec d'autres personnes que l'accusé, et ce témoignage, bien qu'il se rapportât à des incidents survenus jusqu'à deux ans auparavant, a été admis au procès. Au cours de l'audience à huis clos, on a également posé à la plaignante des questions sur son comportement sexuel postérieur à l'infraction avec des personnes autres que l'accusé, et notamment sur le fait qu'environ trois mois après la perpétration de l'infraction imputée à l'accusé et

evidence respecting her post-offence conduct was not allowed to be adduced at the trial.

The majority of the Alberta Court of Appeal, Prowse J.A. dissenting, found that the trial judge erred in not admitting the evidence of her post-offence sexual conduct. They viewed the evidence of the post-offence sexual conduct as relevant to the complainant's credibility. The Chief Justice, whose reasons I have had the benefit of reading, concludes that the learned trial judge failed to consider the evidence of post-offence sexual conduct when exercising his discretion under s. 142 because he thought it was irrelevant *per se*. This was error. The Chief Justice points out that, even if the evidence was relevant, the trial judge could still in his discretion exclude it at trial unless in the words of the section "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". What the trial judge cannot do, the Chief Justice finds, is exclude it from his consideration under s. 142 on the erroneous ground that it is irrelevant *per se*. He shares the view of the majority of the Alberta Court of Appeal that this is what the trial judge did in this case.

With respect I disagree. The trial judge did not on my reading of the transcript refuse to admit the evidence of the post-offence sexual conduct simply because it occurred after the offence and therefore was irrelevant *per se*. He excluded it because he found it was not relevant on the facts of the case before him and I agree with him. Section 142 does not require the judge to consider irrelevant evidence in making his determination under the section. Nor does it make all evidence of sexual conduct with other men which might be sought to be adduced in order to impugn the credibility of the complainant relevant. I think it is implicit in

après l'enquête préliminaire, elle a eu en une seule occasion des relations sexuelles avec cinq hommes. La preuve concernant son comportement postérieur à l'infraction n'a pas pu être produite au procès.

La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité, le juge Prowse étant dissident, a conclu que le juge du procès a commis une erreur en ne recevant pas la preuve quant au comportement sexuel postérieur à l'infraction. Selon la Cour d'appel, cette preuve était pertinente relativement au crédit à accorder à la plaignante. Le Juge en chef, dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs, conclut que le savant juge du procès, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 142, a omis de tenir compte de la preuve relative au comportement sexuel postérieur à l'infraction parce qu'il estimait que cette preuve n'était pas en soi pertinente. C'était une erreur. Le Juge en chef signale que, même si cette preuve était pertinente, le juge du procès aurait tout de même pu exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à l'exclure au procès, à moins qu'il ne fût, comme le dit l'article, «convaincu... 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». Ce qui est interdit au juge du procès, selon le Juge en chef, est l'exclusion de cette preuve, lorsqu'il procède à la détermination que lui impose l'art. 142, pour le motif erroné qu'elle est en soi sans pertinence. Le Juge en chef partage l'avis de la Cour d'appel de l'Alberta qui a conclu que c'est ce que le juge du procès a fait en l'espèce.

Avec égards, je ne suis pas d'accord. Selon mon interprétation du dossier, le juge du procès n'a pas refusé de recevoir la preuve concernant le comportement postérieur à l'infraction simplement parce que ce comportement, ayant eu lieu après l'infraction, était en soi sans pertinence. Il l'a exclue parce qu'il l'a jugée sans pertinence compte tenu des faits devant lui et je suis d'accord avec lui. L'article 142 n'exige pas que le juge tienne compte d'une preuve qui n'est pas pertinente lorsqu'il fait sa détermination en vertu de l'article. De plus, cet article ne rend pas pertinente toute preuve quant au comportement sexuel avec d'autres hommes

the section that what the judge is to weigh in making his determination is the relevant evidence. If he finds that a particular piece of evidence is relevant to a fact in issue including the credibility of the complainant, then he must consider whether its weight is such "that to exclude it would prevent the making of a just determination of an issue of fact in the proceedings" including her credibility. If he so concludes then he will let it in. If he doesn't, he will keep it out. But the first prerequisite either way is, in my view, that it be relevant evidence, that it have some probative value in relation to a fact in issue in the case.

I believe it is clear from the transcript that during the *in camera* hearing a very open dialogue was taking place between the judge and counsel. The judge's thinking seems to progress through three stages. In the first stage he challenges the accused's counsel to persuade him of the relevance of the evidence of post-offence sexual conduct on the part of the complainant. In the second stage he hears all the evidence with a view to making his ruling and at the third stage, after all the evidence has been heard, he advises counsel of the conclusion he has reached which is then reflected in his official ruling.

At the first stage it is clear that the trial judge was acknowledging frankly to counsel that he was having difficulty in seeing the relevance of post-offence sexual conduct of the complainant. It is at this point of time that he makes some of the observations quoted by the learned Chief Justice in support of his conclusion that the trial judge erred in the exercise of his discretion under s. 142. There is no doubt that at this stage the trial judge was in effect saying to counsel: Why is post-offence sexual conduct relevant? *Prima facie* it doesn't appear to me to be so. How can sexual conduct the complainant engaged in after the offence tell us anything about her credibility as a witness or whether she consented to have intercourse with this particular accused in relation to this particular

qu'on peut chercher à apporter pour attaquer le crédit accordé à la plaignante. À mon avis, il ressort implicitement de l'art. 142 que, lorsqu'il procède à sa détermination, c'est la preuve pertinente que le juge doit apprécier. S'il conclut à la pertinence d'un élément de preuve particulier relativement à un fait litigieux et notamment au crédit à accorder à la plaignante, il doit alors décider si sa valeur est telle «que l'exclure empêcherait toute décision équitable d'une controverse sur un point de fait» et notamment sur le crédit à accorder à la plaignante. S'il conclut en ce sens, il admettra l'élément de preuve. Dans l'hypothèse contraire, il l'exclura. Mais dans l'un ou l'autre cas, selon moi, il doit obligatoirement s'agir d'une preuve pertinente qui a une certaine valeur probante relativement à un fait litigieux.

Je crois qu'il se dégage nettement du dossier qu'au cours de l'audience à huis clos, il y a eu un dialogue très ouvert entre le juge et les avocats. Le raisonnement du juge semble avoir procédé en trois étapes. En premier lieu, il a invité l'avocat de l'accusé à le convaincre de la pertinence de la preuve quant au comportement sexuel de la plaignante après l'infraction. En deuxième lieu, il a entendu l'ensemble des témoignages en vue de rendre sa décision et, finalement, après les avoir entendus, il a informé les avocats de sa conclusion qu'il a alors énoncée dans sa décision officielle.

Il est évident qu'à la première étape le juge du procès avouait franchement à l'avocat qu'il avait de la difficulté à comprendre la pertinence du comportement de la plaignante postérieur à l'infraction. C'est là qu'il a fait certaines des observations citées par le savant Juge en chef à l'appui de sa conclusion que le juge du procès a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 142. Il ne fait pas de doute qu'à ce stade-là le juge du procès disait en fait à l'avocat: en quoi le comportement sexuel postérieur à l'infraction est-il pertinent? À première vue il ne me le paraît pas. Comment le comportement sexuel de la plaignante après l'infraction peut-il nous éclairer sur la crédibilité de son témoignage ou sur la question de savoir si, en ce qui a trait à

offence? At the end of this dialogue with counsel the trial judge says at p. 347, lines 6-9:

Well, the purpose of the hearing under 142 are [*sic*] to see what limits are going to be placed on you. That's what we are trying to thrash out. Parliament says you can be limited.

The second phase of the trial judge's thinking is reflected in two passages in the transcript (pp. 352-55 and pp. 370-75) which culminated in the trial judge's ruling that he would hear *in camera* evidence about the complainant's work as a stripper over Crown counsel's objection. I note two things about these passages. The first is that in the earlier passage in his dialogue with defence counsel, Mr. Pieschel, the judge presses Mr. Pieschel for his arguments but also concedes that he is open to be swayed. He notes for example at p. 353, lines 12-17 that there may be an argument that moral character should be presumed to remain unchanged so that pre- and post-offence conduct might be equally relevant. At the conclusion of this exchange he also suggests that perhaps the jury should be allowed to argue backward from subsequent events. He says at p. 355, lines 34-41:

Well, the question or the matter as to what you're going to be allowed to ask will have to be resolved at the end of this hearing as part of my decision when the hearing is concluded.

I'm really just considering what you have to say now.

The second and more telling point, it seems to me, is that in his dialogue with Crown counsel in the second passage it is the judge who points out that s. 142 speaks of sexual conduct without differentiating between prior and subsequent. He says at p. 371, lines 3-8:

Section 142 speaks of sexual conduct without saying prior or subsequent or anything so it seems to give the judge sitting at a hearing, such as we are in now, the right, or maybe the duty to hear the whole story, he then

l'infraction particulière présentement en cause, elle a accepté d'avoir des relations sexuelles avec cet accusé? À la fin de ce dialogue avec l'avocat, le juge du procès dit à la p. 347, aux lignes 6 à 9:

[TRADUCTION] Alors, l'audience tenue en vertu de l'art. 142 a pour objet de déterminer quelles restrictions vous seront imposées. C'est ce que nous essayons de démêler. Le Parlement dit que vous pouvez être soumis à des restrictions.

La deuxième étape du raisonnement du juge du procès ressort de deux passages du dossier (aux pp. 352 à 355 et aux pp. 370 à 375) qui ont abouti à sa décision d'entendre à huis clos, malgré l'opposition du substitut du procureur général, la preuve concernant le fait que la plaignante a travaillé comme effeuilleuse. Je note deux choses dans ces passages. Tout d'abord, dans le premier passage de son dialogue avec l'avocat de la défense, M<sup>e</sup> Pieschel, le juge lui demande avec insistance de présenter ses arguments, tout en ajoutant qu'il peut être influencé. À la page 353, lignes 12 à 17, par exemple, il fait remarquer qu'il est possible de soutenir que la moralité d'une personne doit être présumée constante de sorte que le comportement avant l'infraction et celui après pourraient avoir une pertinence égale. Pour terminer ce dialogue, le juge laisse également entendre qu'il y aurait peut-être lieu de permettre au jury de tirer des conclusions à partir des événements postérieurs. Il dit à la p. 355, lignes 34 à 41:

[TRADUCTION] Bien, la question de savoir quelles questions vous allez pouvoir poser devra être tranchée dans la décision que je rendrai à l'issue de cette audience.

En réalité, je ne fais maintenant que tenir compte de ce que vous dites.

Le second point, et le plus révélateur à mon avis, est que dans son dialogue avec le substitut du procureur général, dans le second passage, c'est le juge qui fait remarquer que l'art. 142 parle du comportement sexuel sans faire de distinction entre le comportement antérieur et le comportement postérieur. Il dit à la p. 371, lignes 3 à 8:

[TRADUCTION] L'article 142 parle du comportement sexuel sans préciser s'il s'agit du comportement antérieur, du comportement postérieur ou autre; il paraît donc accorder au juge qui préside une audience comme

has to decide which is relevant to the issues in fact in the trial.

He points out that the issue of post-offence sexual conduct did not arise in the authorities put forward by Crown counsel. This is a new issue under s. 142. He concludes that he ought to hear the post-offence conduct with relation to the complainant's being a stripper. This seems to me to make it very clear that at this stage he is certainly not ruling out post-offence conduct as a matter of principle.

The third stage in the progression of the trial judge's thinking comes, I believe, during argument after he has heard all the evidence. At pp. 406-07 of the transcript he has the following dialogue with Mr. Pieschel, a passage which is set out in full in the Court of Appeal's judgment:

THE COURT: How would that go to her credibility if she admits that?

MR. PIESCHEL: Well, sir, I'm saying—

THE COURT: She says I did it. She says she did it.

MR. PIESCHEL: Well, it goes to character and general reputation then.

THE COURT: That is irrelevant after the event.

MR. PIESCHEL: Sir, with the greatest of respect and I would submit it's not irrelevant after the event, what can be more relevant when this girl comes before the Court and tells us that she's, for all intents and purposes, a virgin before this offence? Then she tells us that she never said anything to anyone that she had been raped, yet we have witnesses to say that she had, in fact, told them that she was raped before. She also tells us that she didn't pet with anybody for a year, yet on two occasions prior to this offence, she knows two men for a few hours and she's in bed with them. You know, she doesn't have intercourse but—

THE COURT: Oh, that's before the event and that's certainly relevant, but what she did after—the

celle qui se déroule présentement le droit, ou peut-être l'obligation, d'entendre l'ensemble des faits, après quoi il doit décider lesquels sont réellement pertinents en l'espèce.

Le juge du procès souligne que la question du comportement sexuel postérieur à l'infraction n'était pas en cause dans la jurisprudence invoquée par le substitut du procureur général. L'article 142 soulève cette question pour la première fois. Il conclut qu'il doit entendre la preuve relative au comportement postérieur à l'infraction relativement au fait que la plaignante a travaillé comme effeuilleuse. Cela me semble indiquer très clairement qu'à ce stade le juge n'écarte certainement pas par principe le comportement postérieur à l'infraction.

Selon moi, c'est au cours des plaidoiries, après qu'il a entendu l'ensemble des témoignages, que le juge du procès en arrive à la troisième étape de son raisonnement. Aux pages 406 et 407 du dossier, on trouve le dialogue suivant entre le juge et M<sup>e</sup> Pieschel, passage reproduit intégralement dans les motifs de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] LA COUR: Si elle avoue cela, quel rapport cela aurait-il avec la crédibilité de son témoignage?

M<sup>e</sup> PIESCHEL: Bon, votre Seigneurie, je veux dire—

LA COUR: Elle dit je l'ai fait. Elle dit qu'elle l'a fait.

M<sup>e</sup> PIESCHEL: Bon, cela se rapporte aux mœurs et à la réputation générale.

LA COUR: Après le fait, ce n'est pas pertinent.

M<sup>e</sup> PIESCHEL: Votre Seigneurie, avec les plus grands égards, je soutiens que ce qui s'est passé après l'événement est bel et bien pertinent; que peut-il y avoir de plus pertinent lorsque cette fille comparait devant la cour déclarant qu'avant cette infraction elle était, en fait, vierge? Puis elle prétend n'avoir jamais dit à personne qu'elle avait été victime d'un viol, pourtant il y a des témoins qui affirment qu'en fait, elle leur a dit avoir été violée auparavant. Elle dit en outre n'avoir été «pelotée» par personne pendant un an, pourtant à deux occasions avant la perpétration de cette infraction, elle a couché avec deux hommes qu'elle ne connaissait que depuis quelques heures. Vous savez, elle n'a pas eu de relations sexuelles avec eux, mais—

LA COUR: Oh, ça s'est passé avant l'événement et c'est certainement pertinent, mais ce qu'elle a fait

traumatic affect of the rape on her is certainly not relevant. We are not going to lead this girl into a psychiatric or psychological inquiry. [Emphasis added.]

The Court of Appeal used this passage as confirmation of the judge's error but in my view it indicates the very opposite. The Court has now heard all the evidence and is satisfied that with respect to this accused the post-offence sexual conduct had no probative value because it was occasioned by the trauma of the rape. The evidence, therefore, had to be excluded. It would merely be a "psychiatric or psychological inquiry". In face of this assessment of the evidence by the trial judge, I find it hard to believe that he rejected the evidence as a matter of principle when he made his formal ruling. He started out, it is true, by querying the relevance of post-offence sexual conduct. I see nothing wrong with this. (Indeed, I think it would be a matter of concern to trial judges if they felt they cannot disclose to counsel during the hearing the aspects of the case which trouble them for fear that their concerns will be imported into their reasons at the end of the day.) Then he heard the evidence. He obviously believed the complainant and the other witnesses that the offence caused a traumatic change in her personality and he excluded evidence of post-offence conduct on that basis. I think that he did everything he was called upon to do by s. 142 of the *Code*. I would respectfully adopt the view expressed by Mr. Justice Prowse, dissenting, in the Court of Appeal to the effect that:

... where the evidence is to the effect that the complainant's subsequent sexual conduct was related to the traumatic effect of what had occurred and that her sexual pattern had changed materially following the event, it was open to the trial judge to be satisfied that the exclusion of such evidence would not prevent the making of a just determination of an issue of fact, including the credibility of the complainant.

Coming back to the purpose of s. 142 as explained in *Forsythe, supra*, it would not in my view effect a "balancing" of the interests of the

après—le traumatisme psychique qu'elle a subi par suite du viol ne l'est sûrement pas. On ne va pas soumettre cette jeune fille à une enquête psychiatrique ou psychologique. [C'est moi qui souligne.]

La Cour d'appel a considéré ce passage comme une confirmation de l'erreur du juge, mais, selon moi, c'est tout le contraire. La cour a maintenant entendu l'ensemble des témoignages et est convaincue qu'en ce qui concerne cet accusé, le comportement sexuel postérieur à l'infraction n'a aucune valeur probante parce qu'il résultait du traumatisme occasionné par le viol. Ces témoignages devaient donc être exclus. Il s'agirait simplement d'une «enquête psychiatrique ou psychologique». Face à cette appréciation de la preuve par le juge du procès, j'ai peine à croire qu'il l'a rejetée par principe quand il a rendu sa décision formelle. Certes, il a commencé par mettre en doute la pertinence du comportement sexuel postérieur à l'infraction. Je n'y trouve rien à redire. (En fait, j'estime que les juges du procès commenceraient à s'inquiéter s'ils se sentaient dans l'impossibilité de divulguer aux avocats au cours de l'audience les aspects de l'affaire qui les troublent, de crainte que leurs inquiétudes ne ressortent dans leurs motifs à la fin de la journée.) Puis il a entendu la preuve. De toute évidence, il a cru la plaignante et les autres témoins quand ils ont dit que le traumatisme psychique lié à l'infraction a provoqué chez elle une altération de sa personnalité et, pour cette raison, il a écarté la preuve concernant le comportement postérieur à l'infraction. J'estime qu'il a fait tout ce qu'exige l'art. 142 du *Code*. Avec égard, j'adopterais l'avis du juge Prowse, dissident en Cour d'appel, qui a dit que:

[TRADUCTION] ... lorsqu'il ressort de la preuve qu'il y a un lien entre le comportement sexuel subséquent de la plaignante et le traumatisme psychique occasionné par ce qui s'est passé, et que ses habitudes sexuelles ont changé sensiblement depuis cet événement, il est loisible au juge du procès de conclure que l'exclusion de cette preuve n'empêcherait pas une décision équitable d'une controverse sur un point de fait et notamment sur le crédit accordé à la plaignante.

Revenant à l'objet de l'art. 142 tel qu'il est expliqué dans l'arrêt *Forsythe*, précité, j'estime que ce ne serait pas établir un «équilibre» entre les

complainant and the accused to permit him to lead a humiliating and devastating inquiry at trial into post-offence sexual conduct of the complainant that would clearly have been inadmissible prior to the enactment of the section. Accordingly, while post-offence sexual conduct is not inadmissible *per se*, it should only in my view be admitted where its relevance to a fact in issue has been established. The trial judge himself gave an example of how this might be done, namely if it were shown that pre- and post-offence sexual conduct formed a continuous pattern. He did not exclude the post-offence conduct *per se*. He excluded it because it did not cross the first hurdle of being relevant to a fact in issue in the case.

I would allow the appeal and restore the conviction.

*Appeal dismissed, BEETZ, CHOUINARD and WILSON JJ. dissenting.*

*Solicitor for the appellant: Bruce W. Duncan, Calgary.*

*Solicitors for the respondent: James, Pieschel & Taylor, Calgary.*

intérêts de la plaignante et ceux de l'accusé que de permettre à celui-ci de mener, au cours du procès, une enquête humiliante et accablante sur le comportement sexuel de la plaignante après l'infraction, enquête qui aurait été manifestement impossible avant l'adoption de cet article. Par conséquent, bien que le comportement sexuel postérieur à l'infraction ne soit pas en soi irrecevable, j'estime qu'il ne doit être admis que lorsque sa pertinence relativement à un fait en litige a été établie. Le juge du procès a lui-même indiqué comment cela pourrait se faire, donnant à titre d'exemple le cas où on démontre l'uniformité du comportement sexuel avant et après l'infraction. Il n'a pas exclu le comportement postérieur à l'infraction en soi. Il l'a exclu parce qu'il n'a pas surmonté le premier obstacle qui est la pertinence relativement à un fait en litige.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité.

*Pourvoi rejeté, les juges BEETZ, CHOUINARD et WILSON sont dissidents.*

*Procureur de l'appelante: Bruce W. Duncan, Calgary.*

*Procureurs de l'intimé: James, Pieschel & Taylor, Calgary.*