

R. c. Osolin, [1993] 4 R.C.S. 595

Stephen William Osolin

Appelant

c.

Sa Majesté la Reine

Intimée

et

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

Intervenants

Répertorié: R. c. Osolin

N° du greffe: 22826.

1993: 17 juin; 1993: 16 décembre.

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

en appel de la cour d'appel de la colombie-britannique

*Droit constitutionnel -- Charte des droits -- Présomption d'innocence --
Aggression 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 remplir 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 criminel 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 canadienne 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 plaignante sur ses dossiers médicaux refusé à l'accusé par 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 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 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 incombaît 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 en être le résultat, il est nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

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.

Le paragraphe 265(4) du *Code* n'enfreint pas l'al. 11d) 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. 11f) 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.

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 indue 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.

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'existe 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. 11d) ou 11f) 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 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 pertinents 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 dossiers 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. 11d) ou 11f) 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 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.*

Dymont, [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.

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.

Doctrine citée

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.

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.

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

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.

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

Elizabeth Bennett, pour l'intimée.

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

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

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

//Le juge en chef Lamer//

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.

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 -- 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.

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d'accord avec mon collègue, le juge Sopinka.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement que le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux.

//Le juge L'Heureux-Dubé//

Les motifs des juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) -- J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de mes collègues et, pour les raisons qui suivent, je ne partage pas les motifs du juge Cory non plus que sa conclusion. Je souscris pour l'essentiel aux motifs de Madame le juge McLachlin ainsi qu'au résultat auquel elle arrive. Cependant, je souhaite traiter de certains points additionnels et de considérations différentes sur les points examinés par mes collègues.

Cet appel soulève les deux questions suivantes dont je discuterai dans l'ordre suivant. Premièrement, le par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985),

ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que garantissent à l'accusé les al. 11*d*) et 11*f*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux? Cette seconde interrogation soulève, à son tour, des questions concernant le droit à la confidentialité des dossiers médicaux et la situation particulière des plaignants dans les procès pour agression sexuelle.

La constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel*

Sur la question de la constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel*, je suis d'accord avec mes collègues pour dire que cette disposition ne contrevient ni à l'al. 11*d*) ni à l'al. 11*f*) de la *Charte*. La règle générale est à l'effet qu'on ne peut soumettre au jury un moyen de défense qui ne découle pas de la preuve. Or, comme pour tout moyen de défense, cette disposition exige simplement que la défense invoquée en matière d'assauts ait un fondement factuel ou, plus familièrement, un «semblant de vraisemblance» pour que le juge du procès soit tenu de la soumettre au jury. Cette disposition est donc tout à fait conforme à la procédure normale lors d'un procès et elle reconnaît l'importance de faire en sorte que l'attention du jury ne soit pas, sur un point donné, distraite par des considérations extérieures.

En ce qui a trait ici à la pertinence de la défense de croyance erronée quant au consentement, ce moyen était, à mon avis, totalement injustifié eu égard tant à la preuve qu'à la manière dont la défense a été présentée. Comme l'a dit le juge du procès, cette affaire se réduit à [TRADUCTION] «une simple question de consentement ou d'absence de consentement». La plaignante et l'appelant ont tous

deux témoigné au sujet des événements en question. Pour ce qui est des événements qui ont précédé l'agression, leurs témoignages sont relativement compatibles. Plus précisément, il ne fait aucun doute que la plaignante a été amenée par l'appelant dans un chalet situé à 40 milles dans le bois, en hiver, sans vêtements; l'appelant ne conteste pas non plus avoir alors fait fi de ses protestations.

Leurs versions, cependant, divergent totalement en ce qui a trait au consentement aux relations sexuelles. L'appelant a fondé sa défense entièrement sur le consentement volontaire et enthousiaste de la plaignante aux relations sexuelles, et non sur la possibilité qu'il ait été induit en erreur quant à savoir si elle consentait ou non. En revanche, la plaignante a déclaré qu'elle n'avait en aucun moment consenti à l'activité sexuelle en cause mais qu'elle avait été l'objet d'une série d'assauts, qui ont débuté lorsque l'appelant l'a enlevée dans une voiture. Ce témoignage a été corroboré tant par des éléments de preuve matériels que par d'autres témoins.

Je ne reprendrai, à titre d'illustration, qu'une partie de la preuve. La plaignante a déclaré dans son témoignage que sa culotte avait été déchirée lorsque l'appelant l'a transportée dans la voiture; une culotte déchirée a été retrouvée par la police près de l'endroit où la voiture avait été stationnée. La plaignante a dit avoir été frappée à la tête au moment où on l'amenaît dans la voiture et attachée par les poignets au moment de l'agression; la preuve médicale a confirmé qu'elle avait des meurtrissures aux poignets et à la tête. De plus, le policier qui l'a trouvée nue sur le bord de la route à 3 h 30 a témoigné qu'elle a ensuite été en proie à une crise de larmes pendant deux heures et qu'elle a vomi au poste de police.

Dans les circonstances, le moyen de défense de la croyance erronée quant au consentement n'avait aucune vraisemblance. Le jury a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle. Il lui était loisible de ne pas croire la plaignante et soit de croire le témoignage de l'appelant, ou 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, qui aurait été sujette à révision en appel.

Le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux

Dans la présente affaire, l'aptitude de la plaignante à rendre témoignage n'a pas été contestée au départ; le juge du procès l'a en effet estimée [TRADUCTION] «tout à fait apte à témoigner» et a souligné que son habileté n'avait jamais été remise en question. Néanmoins, au courant du fait que la plaignante avait déjà été hospitalisée pour des problèmes psychiatriques, l'appelant a fait une requête afin d'obtenir la production de ses dossiers médicaux. Se fondant sur les arrêts *Toohey c. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506 (H.L.), et *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (C.A. Ont.), le juge du procès a décidé qu'il fallait permettre à la défense d'avoir accès à ces dossiers afin d'assurer à l'accusé son droit à une défense pleine et entière. Cette décision a été prise à la seule fin de permettre à la défense de tenter d'établir que les troubles médicaux ou psychiatriques de la plaignante étaient tels que son témoignage était peu fiable. Or, malgré le libre accès aux renseignements contenus dans les dossiers et le

témoignage de son propre expert en psychiatrie, la défense n'a pas réussi à démontrer que la plaignante était, pour ce motif, un témoin peu fiable.

Cependant, n'ayant pas atteint cet objectif mais disposant des dossiers médicaux admis en preuve, la défense a fait valoir qu'elle devrait avoir la possibilité de contre-interroger la plaignante sans restriction à leur sujet afin de contester sa crédibilité sur la question du consentement. Le juge du procès a refusé de permettre un tel contre-interrogatoire au motif qu'il constituerait une violation de la vie privée de la plaignante. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire par respect du droit de la plaignante à la vie privée, mais elle a rejeté ce moyen d'appel parce qu'elle ne pouvait déterminer les questions que l'avocat de l'appelant se proposait de poser.

Le juge Cory est d'avis que le juge du procès aurait dû autoriser le contre-interrogatoire sur la note du 9 juillet figurant dans les dossiers médicaux dans le but de déterminer si le moyen de défense qu'invoquait l'appelant, soit la croyance erronée quant au consentement de la plaignante, était vraisemblable.

Tout comme ma collègue Madame le juge McLachlin, je diffère totalement d'opinion avec mon collègue le juge Cory sur la question du contre-interrogatoire de la plaignante à l'égard de ses dossiers médicaux. De plus, une question préliminaire se pose, soit si, dans les circonstances, les dossiers auraient en premier lieu dû être communiqués à l'appelant et admis en preuve. En l'espèce, le ministère public n'a pas interjeté d'appel incident de l'ordonnance de communication des dossiers médicaux de la plaignante, bien que, avant le

prononcé de cette ordonnance, le substitut du procureur général ait soutenu avec force devant le juge du procès que ces dossiers n'avaient aucune pertinence, que leur utilisation serait gravement préjudiciable à la plaignante et détournerait l'attention de la question en litige. Étant donné, toutefois, que nombre de préoccupations que je soulèverai plus loin sont pertinentes tant quant à la question de la communication des dossiers médicaux qu'à celle de la portée du contre-interrogatoire une fois la communication ordonnée, il me semble inévitable d'examiner aussi jusqu'à un certain point la question de la divulgation de ces dossiers en l'espèce.

Il faut rappeler dès le départ que, comme c'est le cas pour les témoins dans tout procès, la défense n'a pas ordinairement accès aux dossiers médicaux d'un plaignant dans une affaire d'agression sexuelle. La raison en est évidente: ces renseignements sont, dans l'immense majorité des cas, non pertinents quant à la question à trancher. Comme principe général et règle de procédure, les parties de pêche ne sont pas permises encore moins sur des sujets qui ne paraissent pas susceptibles d'avoir une incidence sur le procès. Qui plus est, pareille intrusion dans la vie privée d'une personne va à l'encontre du principe des communications privilégiées entre un médecin et son patient, principe auquel certaines provinces, le Québec en particulier, assurent une protection, sous réserve d'un intérêt supérieur.

La question est donc de savoir si, advenant la communication des dossiers médicaux, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière emporte le droit au contre-interrogatoire sur des renseignements provenant de ces dossiers qui, n'eussent été les circonstances exceptionnelles de la contestation quant à l'habilité

d'un témoin ou à la fiabilité de son témoignage, auraient été totalement inaccessibles à l'accusé, voire lui seraient demeurés inconnus. À mon avis, la réponse doit être négative. De plus, à mon sens, le point de départ de l'analyse n'est pas la large possibilité de l'accusé de contre-interroger le plaignant, mais plutôt les deux considérations suivantes qui se posent beaucoup plus tôt dans le déroulement du procès: le droit fondamental, garanti à chacun par l'art. 8 de la *Charte*, au respect de la vie privée et au contrôle des renseignements personnels obtenus aux fins de faciliter un traitement médical, ainsi que le principe de l'exclusion de tout renseignement non pertinent quant à un point en litige.

De là, il faut examiner les deux questions suivantes qui sont étroitement liées. En premier lieu, dans quelles circonstances la divulgation des antécédents psychiatriques ou médicaux d'un témoin s'impose-t-elle dans l'intérêt de la justice et compte tenu du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière aux accusations auxquelles il fait face? En d'autres termes, à quel moment et pour quel motif ces dossiers sont-ils pertinents? En second lieu, lorsque ces renseignements sont communiqués à la défense, y a-t-il lieu d'en restreindre l'utilisation?

À mon avis, ces questions doivent être examinées en regard de l'attente générale de la société quant au respect de la vie privée en ce qui concerne les renseignements obtenus à des fins médicales et thérapeutiques. Premièrement, il faut analyser les règles existantes en matière de contestation quant à l'habileté des témoins et à la fiabilité des témoignages. Deuxièmement, on doit prendre en considération les principes régissant l'admission des éléments de preuve et le contre-interrogatoire. Troisièmement, il faut examiner les craintes que soulève, sur le plan des principes, l'autorisation de faire largement usage des dossiers médicaux.

Enfin, il convient de s'attacher aux préoccupations particulières entourant la contestation quant à la crédibilité des témoins dans les procès pour agression sexuelle.

Analyse

1. *Le droit à la vie privée*

Notre Cour a reconnu la valeur fondamentale que revêt le droit à la vie privée eu égard aux notions de dignité et d'autonomie de la personne (*R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, et *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417). De même, la protection de la vie privée en matière de renseignements personnels et, en particulier, quant à la capacité de contrôler le but et les modalités de leur divulgation, est indispensable à la dignité et à l'intégrité de l'individu. Pour reprendre les mots du juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430, s'il

peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, [. . .] les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

Nous reconnaissions également qu'il est souvent important de veiller au respect du droit à la vie privée au moment même de la divulgation si l'on veut en assurer la protection, car cela s'avère souvent impossible une fois l'intrusion survenue (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *Dyment*, à la p. 430).

L'importance fondamentale qu'accorde notre société au respect de la vie privée est soulignée par la protection que garantit à chacun l'art. 8 de la *Charte* «contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Cette valeur trouve son expression dans des lois telle la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui restreint les fins auxquelles les renseignements peuvent être utilisés à celles auxquelles ils ont été reçus.

La question du caractère privé des renseignements médicaux a fait l'objet d'un examen approfondi de la part du juge La Forest dans l'arrêt *Dymant*, précité. Dans ses motifs, le juge La Forest a souligné que le caractère confidentiel des rapports entre patient et médecin est depuis longtemps reconnu comme une valeur sociale importante. Il est nécessaire de protéger les renseignements ainsi obtenus parce que les individus sont particulièrement vulnérables en pareilles circonstances: afin de protéger leur vie ou leur santé, ils se voient forcés de divulguer des renseignements intimes. Se fondant sur le rapport du groupe d'étude du ministère des Communications et du ministère de la Justice, intitulé *L'ordinateur et la vie privée* (1972), le juge La Forest a également observé dans l'arrêt *Dymant*, que les hôpitaux y ont été considérés comme un sujet de préoccupation spécifique en matière de protection de la vie privée. Selon le *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (Ontario 1980), vol. 2, à la p. 91, on peut craindre que ceux qui ont besoin de soins médicaux soient dissuadés de chercher à obtenir le traitement voulu si l'échange de renseignements se faisait régulièrement et facilement. Les auteurs de ce rapport concluent que [TRADUCTION] «les médecins, les employés d'hôpitaux et les autres travailleurs de la santé ne doivent pas être intégrés aux mécanismes d'application de la loi de l'État». Non seulement de telles pratiques mineraient-elles la confiance dans

l'administration de la justice mais elles nuiraient également à la prestation efficace des soins médicaux.

Notre Cour a clairement établi, dans l'arrêt *Dymant*, la valeur qu'elle attache au caractère privé des renseignements médicaux. Elle a, en outre, reconnu, dans les arrêts *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, et *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, la nature fiduciaire des rapports entre médecin et patient ainsi que les obligations particulières découlant de cette relation de confiance.

Compte tenu de ces principes généraux, la Cour a jugé qu'il convenait de protéger le droit à la vie privée eu égard à certaines activités médicales restreintes, tel le prélèvement d'un échantillon de sang lorsque les intérêts de l'accusé sont en jeu (voir *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768). Il ne fait aucun doute que toute tentative du ministère public de mener une enquête approfondie sur l'histoire médicale complète d'un accusé soulèverait des préoccupations en ce qui a trait au préjudice que celui-ci pourrait subir et à la pertinence de cette enquête quant à la question en litige.

Cependant, bien que l'intérêt en jeu dans l'arrêt *Dymant*, ainsi que dans l'arrêt *Dersch*, précité, ait été les droits de l'accusé, le droit à la confidentialité des dossiers médicaux a été reconnu dans le premier comme une valeur générale et indépendante, distincte des considérations touchant l'équité du procès. Ainsi, le droit à la vie privée examiné dans l'arrêt *Dymant* peut être considéré comme un droit appartenant à chacun d'entre nous, susceptible d'être en cause dans diverses circonstances. Il serait de fait étrange que seules les personnes accusées d'infractions criminelles puissent jouir de la protection de leurs dossiers médicaux.

Une telle conclusion pourrait difficilement inspirer confiance dans l'administration de la justice. À mon avis, il s'ensuit inéluctablement que les arguments soulevés dans l'arrêt *Dymont* quant au respect du droit à la vie privée s'appliquent également, sinon plus impérieusement, dans le cas des témoins à charge dans une affaire criminelle.

Étant donné que le juge du procès a fondé son ordonnance de divulgation sur la jurisprudence citée ci-dessous, j'examinerai maintenant les règles applicables en matière de contestation quant à l'habileté et à la fiabilité des témoins.

2. L'habileté à témoigner et la contestation quant à la fiabilité du témoignage

En l'espèce, le juge du procès, se fondant sur la règle énoncée dans l'arrêt *Toohey*, précité, et suivie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hawke*, précité, a ordonné que les dossiers de la plaignante soient communiqués à l'appelant pour lui permettre de tenter d'établir le peu de fiabilité de son témoignage.

La règle fondamentale relative aux contestations de l'habileté d'un témoin est la suivante. Tout témoin, sauf les enfants en deçà d'un certain âge, est présumé habile à témoigner tant qu'il n'est pas jugé inhabile en raison de circonstances telles qu'il serait imprudent pour le juge des faits de se fier à son témoignage. Le fait qu'un témoin souffre de troubles mentaux ou psychiatriques ne le rend pas nécessairement ou intrinsèquement inhabile à témoigner; il faut pour le disqualifier que l'état particulier du témoin soit tel qu'il affecte substantiellement la fiabilité de son témoignage sur un point précis.

Cette question a été examinée en détail par le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario (maintenant juge en chef de l'Ontario) dans l'arrêt *Hawke*, précité. Comme il l'a souligné en citant *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2^e éd. 1972), § 45, à la p. 93, [TRADUCTION] «il faut établir une distinction entre contester l'habileté d'un témoin et contester sa crédibilité». Wigmore, quant à lui, s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] Ce principe d'ordre général et rationnel -- savoir que, pour pouvoir être utilisés, la déficience ou le trouble doivent être tels qu'ils affectent substantiellement la fiabilité du *témoignage sur un point précis* -- est à l'heure actuelle d'application presque universelle.

...

Premièrement, le simple trouble ou la simple déficience *ne sont pas en soi* une cause d'exclusion du témoin; ainsi, les diverses formes d'obsession ne sont plus associées à la démence totale;

Deuxièmement, le trouble ou la déficience sont toujours considérés par rapport au *sujet sur lequel porte le témoignage*. Si, sur ce point, son témoignage ne fait ressortir aucune aberration, il est acceptable, quelque peu fiable qu'il puisse être sur d'autres points; [En italique dans l'original.]

(*Wigmore on Evidence* (3^e éd. 1940), vol. 2, § 492, aux pp. 585 et 586.)

Il appartient de ces principes généraux que, pour contester l'habileté d'un témoin, il faut établir que ce témoin est inapte à rendre un témoignage fiable sur la question particulière en litige. De plus, par exception à la règle générale voulant qu'un expert ne puisse témoigner quant à la crédibilité d'un témoin, il est possible de recourir au témoignage d'un expert pour établir que le témoin souffre d'une «déficience cachée» qui affecte la fiabilité de son témoignage. Cependant, comme l'ont reconnu le juge du procès et la Cour d'appel en l'espèce, il faut distinguer cette situation de celle où l'on cite un expert afin d'établir qu'un témoin, bien qu'apté à témoigner de façon fiable, a choisi de s'abstenir.

Le principe général est formulé dans l'arrêt *Toohey*, précité. Dans cette affaire, lord Pearce s'est exprimé ainsi au nom de tous les lords juges, à la p. 512:

[TRADUCTION] Une preuve médicale est admissible pour établir qu'un témoin souffre d'une maladie, d'une déficience ou d'une anormalité de l'esprit qui compromet la fiabilité de son témoignage. Cette preuve ne consiste pas seulement en une opinion générale sur le peu de fiabilité du témoin, mais peut fournir tous les éléments nécessaires pour établir non seulement le fondement ou les raisons du diagnostic mais aussi la mesure dans laquelle la crédibilité du témoin est compromise.

Dans l'arrêt *Hawke*, la Cour d'appel de l'Ontario, suivant l'arrêt *Toohey*, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant, dans un procès pour meurtre, la preuve psychiatrique présentée par les médecins d'un témoin capital. Au moment du procès, le témoin était sous leurs soins depuis plus de quatre ans pour des troubles psychiatriques graves. Lors d'un voir-dire les médecins, qui l'avaient examinée la veille, ont déclaré qu'elle avait eu des hallucinations constantes pendant qu'elle était à la barre. Ils ont ajouté que ces hallucinations étaient telles qu'elles compromettaient directement la véracité de ce témoignage. Dans les circonstances, l'affaire donnait manifestement ouverture à l'application de la règle de l'arrêt *Toohey*.

Il s'agit évidemment, toutefois, de cas exceptionnels et cette jurisprudence ne permet pas à la défense de fouiller les antécédents psychiatriques d'un témoin pour la simple raison qu'elle compte en tirer des éléments pertinents ou utiles en vue d'attaquer son témoignage. Elle n'oblige pas non plus le juge du procès à ordonner la divulgation des dossiers médicaux d'un plaignant en vue de permettre à la défense de tenter d'établir le peu de fiabilité d'un témoin. Il est clair que la règle établie dans l'arrêt *Toohey* vise à faire en sorte qu'il existe un

mécanisme permettant que soient mises en lumière au procès les préoccupations sérieuses que peut soulever la perturbation mentale ou psychiatrique d'un témoin quant à la fiabilité de son témoignage. Il est également clair que le recours à des témoins experts n'est permis qu'à la seule fin d'établir que, par certains aspects, les troubles dont souffre le témoin peuvent compromettre la fiabilité de son témoignage sur la question en cause; sinon, comme l'ont estimé les deux instances inférieures en l'espèce, cette preuve pourra être inadmissible. Elle n'est pas censée faciliter les parties de pêche de la défense dans un cas où les antécédents psychiatriques du témoin peuvent être secondaires ou totalement étrangers par rapport à la question à trancher. À mon avis, la règle qu'énonce l'arrêt *Toohey* ne constitue pas davantage une méthode permettant de recueillir toutes sortes de renseignements qui, bien que d'un intérêt incontestable pour la défense dans ses tentatives de miner la crédibilité du témoin, lui resteraient autrement inaccessibles.

De plus, ces arrêts ne rendent pas obligatoire la communication des dossiers médicaux à la défense pour lui permettre d'établir le peu de fiabilité d'un témoignage. Advenant le cas où la défense établirait, par exemple, qu'en raison de la conduite ou du comportement d'un témoin, la tenue d'une enquête à cet égard est cruciale en vue d'assurer l'équité du procès, la méthode usuelle consisterait, comme dans l'arrêt *Hawke*, à appeler à la barre le propre médecin du témoin pour qu'il témoigne sur ce qui, vu les troubles mentaux ou psychiatriques du témoin, est susceptible de compromettre spécifiquement sa capacité à rendre un témoignage fiable sur la question en cause.

3. Les restrictions au contre-interrogatoire

À mon avis, lorsque la divulgation est requise, les fins limitées auxquelles cette preuve peut d'abord et avant tout être utilisée indiquent qu'il est également justifié de restreindre la portée du contre-interrogatoire. Toutefois, mon collègue le juge Cory a conclu qu'une fois les dossiers médicaux admis, il fallait alors permettre le contre-interrogatoire sur tout renseignement émanant de ces dossiers susceptible d'être pertinent relativement à un point soulevé dans l'affaire. Bien que mon collègue estime lui-même que la fin invoquée par l'avocat de la défense relativement au contre-interrogatoire semblait constituer «le type même de fin indue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits» (p. 673), il n'en conclut pas moins que le juge du procès aurait dû «autoriser le contre-interrogatoire à l'égard du rapport du 9 juillet, particulièrement pour déterminer s'il pouvait 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'appelant à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles» (pp. 673 et 674). Je ne suis pas d'accord, pour les motifs qui suivent.

Les dossiers médicaux ne deviennent pertinents que s'il existe un motif sérieux de croire que l'habileté à témoigner, normalement présumée chez le témoin adulte, est en cause. Dans la mesure où ces dossiers sont nécessaires pour établir l'inaptitude du témoin à rendre un témoignage fiable à l'égard de la question précise en litige, ils conservent leur pertinence. Mais si on ne peut établir le peu de fiabilité allégué, les renseignements contenus dans les dossiers redeviennent marginaux et le contre-interrogatoire à leur égard ne sera pas permis en raison

simplement de leur absence de pertinence ou de leur caractère trop éloigné et de leur faible valeur probante.

Compte tenu des limites à l'exploration des troubles mentaux ou psychiatriques particuliers d'un témoin que j'ai examinées précédemment en regard des arrêts *Toohey* et *Hawke*, il s'ensuit, à mon avis, qu'il convient également de restreindre le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux qui va au-delà de la question de la non-fiabilité du témoignage du fait de ces troubles mentaux. En d'autres termes, le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux doit être restreint à la fin pour laquelle ils ont été introduits en preuve. La défense ne peut donc pas faire valoir que, vu la pertinence des dossiers médicaux quant à l'habilité du témoin à rendre témoignage ou à sa fiabilité relativement à la question à trancher, il lui est loisible de faire porter son contre-interrogatoire sur tous les renseignements qui y sont consignés, à quelque fin qu'ils puissent servir dans le cadre de sa preuve.

Il peut, certes, y avoir des cas où, comme en l'espèce, la défense allègue que les dossiers renferment des renseignements pertinents quant aux questions à trancher. À mon avis, tant en raison des règles fondamentales régissant la preuve que pour des considérations de principe que j'examinerai plus loin, le contre-interrogatoire sur ces renseignements devrait néanmoins, sauf cas exceptionnels, demeurer interdit.

Comme le dit McCormick, *op. cit.*, à la p. 438, [TRADUCTION] «la pertinence ne suffit pas toujours». 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. Les considérations suivantes sont au premier rang de ces préoccupations: certains faits peuvent nourrir indûment des préjugés, de l'hostilité ou de la sympathie; ils peuvent distraire l'attention du juge des faits de la principale question à trancher; l'analyse de la question peut demander trop de temps. (Voir également *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), à la p. 969.)

À mon avis, les dossiers médicaux sont d'une nature telle qu'un contre-interrogatoire illimité peut souvent soulever toutes ces préoccupations à la fois. Dans l'immense majorité des cas, cette preuve est tout à fait marginale par rapport à l'enjeu central du procès. Elle peut fort bien encourager les préjugés du juge des faits à l'endroit du témoin. De plus, le mécanisme de la preuve et de la contre-preuve sur la question de la fiabilité demande un temps considérable et risque de faire dévier le procès. Pour ces motifs, ses effets préjudiciables pour le témoin et aussi, dans de nombreux cas, sur le déroulement du procès lui-même l'emporteront sur sa valeur probante, même dans l'hypothèse où les dossiers médicaux sont pertinents pour le procès. Plus précisément et, 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.

4. Les considérations de principe entourant la divulgation des dossiers médicaux

Comme je l'ai noté précédemment, notre Cour a déjà reconnu, dans l'arrêt *Dymont*, précité, que l'utilisation sans restriction de renseignements obtenus à l'occasion des rapports entre un médecin et un patient ou d'autres formes de rapports thérapeutiques présente de sérieux dangers. Aux fins de la présente analyse, il importe d'explorer les préoccupations qui suivent eu égard à la divulgation initiale des dossiers médicaux et aux restrictions apportées au contre-interrogatoire subséquent. Ce ne sont là que les préoccupations les plus évidentes; de plus amples recherches et de nouvelles données pourraient fort bien révéler d'autres dangers.

En premier lieu, le bon sens nous enseigne qu'une personne, consciente de la possibilité, voire de la probabilité, que des dossiers médicaux servent à contester la crédibilité d'un témoin, pourrait être réticente à demander un traitement nécessaire et valable s'il y a risque qu'elle soit appelée à témoigner à un procès, en particulier s'il existe un lien entre les événements en cause et l'objet du traitement. Peu de gens sourient à l'idée que de tels renseignements puissent être rendus publics, et nombreux sont ceux qui pourraient craindre les répercussions de cette divulgation sur d'autres aspects de leur vie.

De plus, la divulgation courante des dossiers médicaux et la possibilité de contre-interroger sans restriction à cet égard risquent d'entraîner des résultats très inéquitables à l'endroit des personnes ayant subi une thérapie mentale ou psychiatrique, quelle qu'en soit la raison ou la nature, par opposition au public en général. Ces personnes seraient victimes d'une violation de leur vie privée que

n'auraient pas à subir les autres témoins cités à comparaître. Elles pourraient devoir répondre à des questions portant sur des détails de leur vie personnelle ressortant de leurs dossiers et être obligées, dans les faits, de réfuter la présomption, totalement injustifiée le plus souvent, selon laquelle leurs antécédents médicaux sont pertinents quant à leur crédibilité et à leur aptitude à témoigner sur la question en litige.

De surcroît, les dossiers médicaux relatifs à des déclarations faites dans le cours d'une thérapie constituent du ouï-dire et suscitent en soi des problèmes en matière de fiabilité. Les préoccupations qu'exprime le témoin dans le cadre d'une thérapie après le fait ne sauraient équivaloir à un témoignage rendu au cours d'un procès, même en présumant qu'elles ont été correctement comprises et fidèlement prises en note. Le contexte dans lequel ces déclarations ont été faites, tout comme les attentes des parties à leur propos, diffèrent totalement. Dans un procès, le témoin fait une déposition sous serment sur les événements particuliers en cause. Dans une thérapie, par contre, le dialogue entre le thérapeute et le patient s'alimente à toute une gamme de facteurs tels l'histoire personnelle, les pensées, les émotions aussi bien que des actes en particulier. Il existe donc un fort risque que le juge des faits se serve de ces déclarations isolément, hors de leur contexte, afin d'en inférer des conclusions totalement injustifiées.

Enfin, la crédibilité constitue souvent l'une des questions en litige dans un procès et, en particulier, dans les affaires d'agression sexuelle. À mon avis, si l'on jugeait la divulgation pertinente dans ces cas, rien n'empêcherait un accusé de demander chaque fois communication des dossiers médicaux et psychiatriques de la plaignante et de contre-interroger celle-ci sur tous les aspects qui y sont révélés.

Compte tenu de ces préoccupations, les tribunaux doivent évaluer soigneusement les conséquences de cette divulgation, non seulement sur la personne faisant l'objet d'une ordonnance de communication ou d'un contre-interrogatoire portant sur les dossiers ainsi communiqués, mais aussi sur la poursuite des crimes eux-mêmes. Si cette pratique a pour résultat de décourager les témoins de rapporter des faits et de fournir des éléments de preuve, on ne peut alors, à mon sens, dire qu'elle est susceptible de faire avancer le procès ou de contribuer à l'atteinte des objectifs généraux de l'administration de la justice.

Outre ces considérations générales applicables à tous les témoins, il importe à mon avis d'examiner la situation particulière du plaignant dans un procès pour agression sexuelle.

5. L'agression sexuelle

Il n'est pas sans intérêt que la contestation menée en l'espèce contre la crédibilité du témoin l'ait été dans le cadre d'un procès pour agression sexuelle. Depuis 1983, il est interdit, aux termes de l'actuel art. 277 du *Code criminel*, de contester la crédibilité du plaignant par une preuve de réputation sexuelle. De plus, le législateur a récemment modifié le *Code criminel (Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle))*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2), afin de remplacer l'ancien art. 276 du *Code* que notre Cour avait déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Sous réserve de certaines exceptions, cet article empêchait l'accusé de présenter une preuve concernant les activités sexuelles du plaignant avec toute personne autre que l'accusé. Les modifications apportées témoignent éloquemment de la volonté du législateur de formuler des lignes

directrices afin d'éviter que les procès pour agression sexuelle ne dégénèrent en enquêtes sur la moralité et le comportement antérieur du plaignant. Or, à mon avis, il existe un risque réel que les avocats se servent des dossiers médicaux comme d'un moyen d'amener indirectement devant le juge des faits une preuve relative au plaignant qu'ils ne sont plus autorisés à lui soumettre directement. Qui plus est, en raison des croyances qui ont traditionnellement marqué, dans les procès pour agression sexuelle, les notions de fiabilité et de crédibilité, le seul fait que soient invoqués, dans ce type de procès, des motifs d'ordre mental ou psychiatrique pour contester la crédibilité soulève de graves questions quant à la persistance des mythes entourant le viol.

Historiquement, une série de facteurs ont été jugés pertinents quant à la crédibilité des plaignantes dans les procès pour agression sexuelle alors qu'ils n'avaient aucune incidence sur celle des témoins dans les autres types de procès, ce qui avait pour résultat de porter préjudice aux victimes d'agression sexuelle. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, j'ai examiné à fond les obstacles auxquels les plaignantes se heurtent dans ce genre d'affaires en raison de ces présomptions sans fondement. Parmi ces obstacles se retrouvent les mythes selon lesquels certains types de femme ne peuvent pas être «violées» et d'autres femmes, à cause de leur occupation ou de leur comportement sexuel antérieur, ne sont pas dignes de foi. Si l'on en croit ces mythes, les femmes seraient responsables de l'agression sexuelle du fait de leur comportement ou de leur apparence. Toujours selon eux, l'usage de drogue ou le fait de dépendre de l'aide sociale seraient des facteurs pertinents quant à la crédibilité relativement au consentement. La présence de certaines réactions émitives et le signalement immédiat de l'agression, malgré tous les facteurs dissuasifs à cet égard, ajouteraient à la crédibilité de la dénonciation,

alors que des réactions opposées conduiraient à conclure que la plaignante a dû fabriquer l'incident. De plus, ces mythes sont fondés sur l'idée que les femmes, par rancune, inconstance ou fantasme et malgré le traumatisme évident subi par les victimes dans de nombreux procès pour agression sexuelle, sinon dans la plupart, sont enclines à mentir à ce propos. Tout cela a eu pour résultat que seule une fraction des agressions sexuelles sont et continuent d'être signalées et de faire l'objet de poursuites; de plus, parmi les cas qui parviennent devant les tribunaux, le nombre de déclarations de culpabilité est inférieur à celui enregistré pour d'autres infractions.

C'est dans ce contexte que doivent être examinées les contestations quant à la crédibilité des victimes d'agression sexuelle pour des motifs d'ordre psychiatrique. Il n'y a absolument aucune preuve que les fausses allégations soient plus fréquentes en matière d'agression sexuelle que pour tout autre type d'infraction; de fait, vu les données faisant état des nombreux obstacles au signalement, le contraire semble plus vraisemblable. Les mythes selon lesquels l'appréciation de la crédibilité des plaignantes doit être scrutée de façon exceptionnelle n'en continuent pas moins de jouer un rôle dans la poursuite des agressions sexuelles. Comme preuve de leur persistance, il suffit de souligner que, hormis les cas d'agression sexuelle, il est rare que soit invoquée la pertinence des antécédents psychiatriques d'un témoin quant à la question à trancher. De surcroît, les juges du procès n'accordent pas normalement ce genre de requête à moins que la défense n'ait préalablement établi de façon concluante qu'une exploration des antécédents médicaux d'un témoin est cruciale pour décider de la question en jeu.

À la lumière de ces pratiques, la question qu'on doit se poser est donc la suivante: pourquoi les dossiers médicaux sont-ils considérés, ou plus susceptibles d'être considérés, comme étant à la fois pertinents et nécessaires dans les procès pour agression sexuelle?

On a traditionnellement défini la pertinence comme [TRADUCTION] «tout ce qui est en accord avec le bon sens» (P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. 1988), à la p. 11-32) ou ce qui constitue la [TRADUCTION] «preuve logique» de la question en litige, selon la définition que notre Cour a adoptée dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190. Bien que la question de la pertinence apparaisse, à première vue, relativement simple à trancher, ce n'est pas le cas, ainsi que je l'ai expliqué dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, aux pp. 679 et 680:

Quel que soit le test, qu'il soit fondé sur l'expérience, le bon sens ou la logique, c'est là une décision particulièrement perméable aux préjugés. Quelle que soit la définition utilisée, la décision que prendra le juge quant à la pertinence sera fondée sur son expérience, son bon sens ou sa logique, ou sur les trois à la fois. Dans la majorité des cas, on s'entendra généralement sur ce qui est pertinent, et la détermination de la pertinence ne posera pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l'expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes. Comme je l'ai déjà indiqué clairement, on a été tout particulièrement enclin, dans ce domaine du droit, à utiliser des stéréotypes aux fins de déterminer ce qui est pertinent et cela, comme je l'ai déjà démontré, paraît aller malheureusement de soi à l'intérieur d'une société qui, en grande partie, partage ces préjugés. Il semble également que la reconnaissance du rôle important que jouent les stéréotypes dans le cadre de la détermination de la pertinence a eu fort peu d'incidence dans ce domaine du droit. [Je souligne.]

Bien qu'on reconnaisse aujourd'hui beaucoup plus largement, tant au sein de l'administration de la justice que parmi le public en général, que les préjugés entourant les victimes d'agression sexuelle sont aussi préjudiciables aux

victimes que nuisibles à la poursuite de ces crimes, leur force et leur effet n'ont pas disparu. De par leur nature même, les préjugés jouent dans l'appréciation de la pertinence. Cependant, comme ils opèrent souvent inconsciemment, leur effet peut passer inaperçu et ils seront donc difficilement identifiables. Conscient de cet état de fait, le législateur demande maintenant expressément au juge, dans les modifications précitées qu'il a apportées au *Code criminel*, de prendre en considération les facteurs suivants pour décider de l'admissibilité d'une preuve:

276. . .

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

. . .

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

. . .

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

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

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

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

Cela étant, à mon avis les éléments de preuve, qui n'entrent pas normalement en considération dans le déroulement du procès mais qu'on estime pertinents quant à la crédibilité des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle, doivent être examinés avec minutie, voire avec scepticisme. À mon sens,

la meilleure façon d'examiner la question de la pertinence est de placer l'utilisation proposée de la preuve psychiatrique dans le contexte d'un procès ordinaire.

La crédibilité est la question centrale dans beaucoup d'affaires criminelles. Qui plus est, le déroulement du procès est entièrement conçu de manière à donner au juge des faits l'occasion d'apprécier la sincérité des témoins. Toutefois, comme je l'ai dit précédemment, l'habileté des témoins se présume en règle générale et il est rare qu'on conteste la fiabilité d'un témoignage en se fondant sur les troubles mentaux ou psychiatriques du témoin. À moins que l'on veuille, consciemment ou inconsciemment, ressusciter le mythe selon lequel les plaignants dans les procès pour agression sexuelle sont, fondamentalement, moins dignes de foi que les témoins dans tout autre procès où la crédibilité est en cause, les contestations fondées sur les troubles mentaux ou psychiatriques doivent, dans les procès pour agression sexuelle, être analysées selon la même norme de pertinence que dans les procès pour toute autre infraction. Une demande de production des dossiers médicaux du plaignant, encore plus une ordonnance à cet effet, devrait donc demeurer exceptionnelle.

De plus, il faut aborder clairement la question des conséquences, tant sur les témoins que sur le déroulement du procès, de l'admission des dossiers médicaux et de l'utilisation des renseignements qu'ils contiennent à des fins de contre-interrogatoire par la défense. À mon avis et pour les raisons qui suivent, la conclusion inéluctable est que de telles pratiques ne feraient que frustrer encore davantage nos tentatives toujours inadéquates d'assurer aux victimes d'agression sexuelle la protection qu'elles sont en droit d'attendre du système judiciaire.

L'un des freins les plus puissants à la dénonciation des agressions sexuelles est la crainte des femmes que le système pénal ne vienne accroître leur victimisation; d'après l'analyse que j'ai faite dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 650, près de la moitié des cas de non-signalement sont attribuables à cette perception qu'ont les victimes d'agression sexuelle. Pour de bonnes raisons, les femmes en sont venues à croire que leurs dénonciations ne seront pas prises au sérieux par la police et que le procès lui-même ne sera qu'un traumatisme de plus. Il est donc manifeste que si, en plus des facteurs dissuasifs actuels, les victimes sont confrontées à la révélation de détails intimes de leur vie par la divulgation de leurs dossiers médicaux, les freins au signalement ne pourront qu'augmenter.

Deux situations sont susceptibles de se produire. Si les victimes d'agressions sexuelles craignent que leurs dossiers médicaux soient jugés pertinents relativement à l'agression, elles pourraient fort bien décider de renoncer au traitement médical si elles ont l'intention de signaler l'agression ou si des accusations sont déjà portées. Celles qui auront subi un traitement pourront être réticentes à se livrer entièrement de peur que ces informations ne soient utilisées contre elles, que ce soit au procès ou, vu le caractère public du procès, dans d'autres aspects de leur vie. Une telle décision pourrait empêcher que soient analysées des questions d'importance vitale dans le cadre de la thérapie et pour le bien-être ultime des victimes.

Par contre, les victimes qui choisissent de suivre une thérapie, ainsi que celles dont la survie même en dépend, seront moins susceptibles de porter plainte. De toute évidence, cela conduirait à une diminution des poursuites et des déclarations de culpabilité dans ce genre d'affaires, ce qui, en retour, aurait pour

résultat de perpétuer la victimisation et d'accroître le risque d'agression contre d'autres victimes potentielles.

En outre, la nature de la thérapie fait en sorte que sa simple divulgation pourrait en soi être préjudiciable à la santé du témoin.

De fait, des articles récents ont fait écho à ces préoccupations. À la suite de décisions récemment rendues en Nouvelle-Écosse (*R. c. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour Suprême du Canada refusée, [1993] 3 R.C.S. viii) et en Colombie-Britannique (*R. c. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98 (S.C.)), des groupes représentant, entre autres, des victimes d'agression sexuelle et des personnes handicapées ont fait état de sérieuses préoccupations à ce sujet (*The Globe and Mail*, 15 mai 1993, à la p. D3, et 15 juillet 1993, à la p. A7; et le *Calgary Herald*, 16 juillet 1993, à la p. A12).

Ironiquement, donc, une procédure justifiée par le droit de l'accusé à une défense pleine et entière risque d'aller à l'encontre de l'objectif de protéger les victimes d'agression sexuelle en fournissant aux contrevenants le moyen d'échapper aux poursuites.

Rappelons que les experts que cite la défense dans sa tentative de contester la fiabilité du plaignant ont le droit d'exposer le fondement de leur opinion et on s'attend d'ailleurs à ce qu'ils le fassent. Dans les circonstances, il semble impossible d'empêcher la divulgation de renseignements tirés des dossiers médicaux sur le comportement et les antécédents du témoin, renseignements qui, bien que non pertinents pour les questions en litige, peuvent, vu la persistance des

croyances entourant les victimes d'agression sexuelle, prévenir injustement le jury contre le plaignant. En retour, cela peut nuire au procès en amenant le jury à concentrer son attention sur la personnalité du plaignant et non sur la question précise qui lui est soumise, celle de l'agression.

À mon avis, il faut, pour contrecarrer ces effets, que les victimes d'agression sexuelle aient préalablement l'assurance que leurs dossiers médicaux ne pourront être communiqués à la défense.

Conclusion

Je conclurais, donc, que l'obligation de divulguer des dossiers médicaux ne peut être imposée que lorsqu'il y a des raisons graves de croire que, sans cette divulgation, il y aura vraisemblablement erreur judiciaire. Étant donné l'importance que notre société accorde à la confidentialité des dossiers médicaux et le grave préjudice que cause au témoin le fait de fouiller dans ses dossiers psychiatriques, ces dossiers ne devraient, à mon avis, être divulgués que s'il existe une preuve forte selon laquelle 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 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, comme elle l'a fait en l'espèce, évoque la possible pertinence de ces dossiers ou spécule à cet égard ne saurait suffire.

La question de la divulgation des dossiers médicaux n'ayant pas fait l'objet d'un débat particulier dans le présent appel et vu que cette question reste

ouverte, je m'abstiendrai pour le moment de discuter de façon plus précise des conditions ordinairement nécessaires pour satisfaire à ces considérations préliminaires.

Cependant, dans le cas où les dossiers médicaux sont divulgués à la défense, leur utilisation doit, à mon avis, être restreinte aux fins précises pour lesquelles ils ont été communiqués. En d'autres termes, leur utilisation se limite à établir que l'état de santé du témoin rend son témoignage peu fiable. En règle générale, la défense ne peut recourir à ces dossiers pour obtenir des éléments de preuve sur d'autres questions en litige. Certes, il peut y avoir des cas où, étant donné la pertinence directe et la haute valeur probante des éléments de preuve ainsi révélés, l'impossibilité d'utiliser ces autres éléments pourrait conduire à une erreur judiciaire, mais ces cas seront rares et encore là, pour les raisons déjà avancées, l'avocat de la défense ne pourra pas avoir recours à ces dossiers pour obtenir des informations lui permettant de contester la crédibilité du témoin en général. À cet égard, les dossiers médicaux, en particulier les dossiers psychiatriques, constituent une mine de renseignements potentiels pour les avocats de la défense. En conséquence, dans les cas exceptionnels où les dossiers médicaux sont admis en preuve, les tribunaux doivent veiller avec un soin particulier à ce que, dans les procès pour agression sexuelle, ces dossiers ne servent pas à interroger les plaignantes sur leur comportement sexuel antérieur ou à alimenter le mythe entourant le viol en soulevant des questions que le juge des faits risque de considérer comme établissant le «mauvais caractère» de la plaignante, ce que la défense a précisément allégué en l'espèce, savoir [TRADUCTION] «le genre de personne qu'est la plaignante».

En conclusion, je me dois de souligner que la défense n'a normalement pas accès aux dossiers médicaux des témoins. À moins que nous soyons disposés à accepter l'argument voulant que les dossiers médicaux doivent être communiqués dans tous les cas où la crédibilité est en cause (ce qui n'est pas le cas, pour des raisons de pertinence), je ne vois pas comment l'impossibilité d'avoir accès à ces renseignements, ou de contre-interroger pleinement la plaignante à cet égard, empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Un tel argument suppose que l'accusé jouirait d'une latitude virtuellement illimitée pour élargir le focus du procès. Or, les droits de l'accusé de présenter des éléments de preuve et de procéder au contre-interrogatoire ne sont pas illimités; ils doivent, en premier lieu, être circonscrits par la question de pertinence et, en second lieu, être pondérés par des facteurs tels le droit du témoin à sa vie privée et le préjudice qui peut en résulter tant pour le témoin que pour le déroulement du procès.

Application à l'espèce

Dans la présente affaire, l'avocat de l'appelant a cherché à l'origine à obtenir communication de l'ensemble du dossier médical de la plaignante ainsi que l'autorisation de la contre-interroger sans restriction sur tous ses problèmes psychiatriques, tous les médicaments qu'elle prenait et toute l'aide psychologique qu'elle recevait. Avant le dépôt des dossiers médicaux, l'avocat a librement admis ne pas savoir ce qu'il allait y trouver et il a reconnu la possibilité qu'il ne trouve aucun élément utile, tout en affirmant néanmoins que les dossiers étaient nécessaires à une défense pleine et entière. Le juge du procès a apparemment été d'avis que les dossiers médicaux de la plaignante devaient être divulgués étant donné la possibilité qu'elle souffre d'une maladie psychiatrique grave.

À mon avis, rien au dossier ne laisse ici croire qu'il y avait, au départ, des motifs suffisants pour justifier une ordonnance de communication des dossiers à la défense. La question en litige se réduisait au consentement aux relations sexuelles avec l'appelant ce jour-là. 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. Bien au contraire, la plaignante a été capable de faire, et a effectivement fait, avant l'ordonnance de communication des dossiers médicaux, un compte rendu clair, complet et détaillé des événements. Rien n'empêchait la défense de contre-interroger pleinement la plaignante sur ces événements.

De plus, il n'y avait absolument aucun élément indiquant que la plaignante souffrait, dans les faits, d'un trouble susceptible d'affecter son aptitude à rendre un témoignage fiable; le seul élément en preuve était qu'elle avait été admise dans une unité psychiatrique à plusieurs reprises à cause de difficultés avec sa famille et de problèmes liés à une faible estime de soi. Or, la plaignante avait déjà elle-même admis ses antécédents psychiatriques avant la divulgation des dossiers médicaux. Il n'y avait donc, eu égard à son état mental, aucune «déficience cachée» que seul aurait pu révéler le témoignage d'un psychiatre.

Étant donné, cependant, que le juge du procès s'estimait tenu d'ordonner la divulgation des dossiers médicaux de la plaignante, il était, à mon avis, non seulement approprié mais essentiel qu'il restreigne les fins auxquelles ceux-ci pouvaient être utilisés. Le juge du procès n'a pas non plus commis d'erreur en concluant 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. Enfin, il a eu tout à fait raison de ne pas permettre à la défense de contre-interroger la plaignante à ce propos afin de tenter d'en tirer des renseignements susceptibles d'étayer la défense de croyance erronée au consentement. Les éléments de preuve contenus dans les dossiers médicaux étaient, de toute évidence, dénués de toute pertinence et n'avaient aucune valeur probante à cet égard.

Malgré la production des dossiers médicaux, l'appelant n'a pu établir par l'entremise du médecin de la plaignante ou de son propre témoin expert que celle-ci souffrait d'une déficience mentale qui l'empêchait de témoigner de façon fiable quant au consentement aux relations sexuelles ce jour-là. L'avocat de l'appelant a contre-interrogé le psychiatre de la plaignante, le D^r MacTavish, lors d'un voir-dire sur ces dossiers. Ce dernier a rejeté la prétention selon laquelle la plaignante souffrait d'un trouble de la personnalité et, interrogé directement à ce sujet par le juge du procès, il a expressément dit croire que son témoignage était fiable à sa face même.

Toutefois, une fois en possession des dossiers médicaux, l'appelant a fait valoir que, puisqu'ils avaient été admis, il devait être autorisé à contre-interroger la plaignante sans restriction à leur sujet afin de contester sa crédibilité sur la question du consentement. Pour les motifs que j'ai exposés, l'analyse qu'a faite le juge du procès pour refuser le contre-interrogatoire était correcte. De surcroît, il est clair que l'appelant entendait recourir à ces dossiers pour soulever contre la plaignante le type même de préjugés qui alimentent les mythes entourant le viol.

À mon avis, l'appelant ayant été incapable d'établir l'incapacité de la plaignante à rendre un témoignage fiable, le juge du procès a eu entièrement raison d'estimer que là s'arrêtait toute utilisation de ses dossiers médicaux au procès.

Contrairement à la conclusion de la Cour d'appel, il existe bel et bien au dossier, tel qu'il appert des prétentions qu'a fait valoir l'avocat de l'appelant avant l'ordonnance de communication des dossiers médicaux et avant la décision touchant le contre-interrogatoire, des indications concernant les questions que la défense souhaitait poser et la stratégie qu'elle entendait poursuivre en contre-interrogeant la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux. L'avocat de l'appelant a en effet admis en toute franchise qu'il voulait présenter des éléments de preuve concernant la réaction des parents de celle-ci à l'agression parce que [TRADUCTION] «cela touche directement le genre de personne qu'est la plaignante». De plus, le contre-interrogatoire de son psychiatre, le Dr MacTavish, sur ces dossiers lors du voir-dire révèle clairement la manière dont l'appelant concevait leur pertinence. Il ressort de ces deux sources que la défense entendait recourir aux renseignements émanant des dossiers pour mener une contestation en règle contre la crédibilité de la plaignante et établir son «mauvais caractère». Cela découle, à l'évidence, du contre-interrogatoire du Dr MacTavish dans lequel la défense a soulevé des questions tel l'usage antérieur que la plaignante a fait de drogue et d'alcool, les difficultés qu'elle a rencontrées dans ses relations sociales, ses relations sexuelles et ses disputes avec sa mère. Je peux seulement en conclure que la défense espérait se servir de témoignages d'experts sur les dossiers médicaux pour inviter le jury à en tirer des inférences quant à la crédibilité de la plaignante fondées, entre autres, sur son comportement sexuel antérieur. 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 modifiant les dispositions régissant l'agression sexuelle.

En ce qui concerne le contre-interrogatoire projeté, l'appelant a fait valoir devant notre Cour que la note du 9 juillet figurant aux dossiers de la plaignante, et portant qu'elle craignait que son comportement ait pu influencer celui de l'appelant, était pertinente quant aux moyens de défense de consentement et de la croyance erronée au consentement. Il a également soutenu que les remarques concernant les relations turbulentes que la plaignante entretenait avec ses parents étaient pertinentes en ce qui concerne la thèse de la défense voulant qu'elle ait fabriqué les allégations d'agression pour éviter une confrontation avec eux au sujet de la nuit entière passée à l'extérieur.

En ce qui a trait à la note du 9 juillet, je ne puis voir en quoi cette déclaration, faite quatre mois et demi après l'incident, pourrait avoir quelque pertinence quant à la question du consentement au moment de l'incident ou à celle de la croyance erronée de l'appelant à cet égard. Les réflexions de la plaignante sur la façon dont la situation aurait pu être évitée, même en présumant de leur justesse, ne peuvent avoir aucune valeur probante quant à la question de savoir s'il y a eu ou non consentement à l'agression ou croyance erronée au consentement de la part de l'appelant. Quoi qu'il en soit, de telles déclarations n'ont rien d'étonnant; en pareil cas, comme dans d'autres situations traumatiques telle la mort d'un être cher, notamment par suicide, il n'est pas rare de ressentir un sentiment de culpabilité. Il est bien connu que les victimes d'agression sexuelle tout particulièrement se sentent souvent responsables de ne pas avoir tout fait pour prévenir l'attaque.

En outre, ainsi que l'a souligné la Cour d'appel dans ses motifs, rien dans la preuve n'indique que les dossiers médicaux contenaient des déclarations antérieures incompatibles pertinentes quant au témoignage de la plaignante sur la question du consentement. Le juge du procès, qui a entendu l'ensemble de la preuve et lu tous les dossiers médicaux, n'a pu voir aucune pertinence au contre-interrogatoire projeté et il a, en conséquence, refusé de l'autoriser. L'appelant n'allègue pas non plus l'existence dans ces dossiers de déclarations antérieures incompatibles. À mon avis, l'appelant n'a manifestement pas établi que la décision du juge du procès de lui refuser l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers psychiatriques l'a empêché de présenter une défense pleine et entière.

Sur la question du consentement, 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. De plus, l'appelant a également témoigné à propos de ses [TRADUCTION] «attentes» quant au déroulement des événements. Il n'y avait donc nul besoin de recourir à des éléments dérivés des dossiers médicaux et nulle raison de croire que d'autres questions pouvaient éclairer ce point, compte tenu en particulier du fait que l'appelant aurait été lié par les réponses de la plaignante sur cette question incidente.

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. Par opposition à la défense de consentement, la défense de croyance erronée au consentement 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 équivaleait à un consentement (voir *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182 (H.L.), et *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120). Dans la présente affaire, toute erreur de perception ou d'interprétation existait uniquement dans la tête de l'appelant; rien dans les commentaires subséquents de la plaignante ne saurait donc ajouter ou retrancher quelque élément ou avoir quelque pertinence quant à la présence ou à l'absence de cette croyance à l'époque.

Les informations contenues dans les dossiers médicaux au sujet des relations de la plaignante avec ses parents n'ont également aucune pertinence quant à la question de savoir si elle a été agressée. Par conséquent, tout contre-interrogatoire sur ce point serait inadmissible. 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'assaut pour éviter leurs reproches. Encore là, rien ne prouve qu'un contre-interrogatoire additionnel sur cette question aurait influé de quelque façon sur l'issue du procès.

En résumé, aussi important que soit le contre-interrogatoire et, sur ce point je partage l'opinion du juge Cory, je ne puis souscrire à son avis selon lequel l'appelant a 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. Rien ne laisse croire que les informations que renfermaient ces dossiers aux fins du contre-interrogatoire projeté aient pu avoir quelque pertinence quant à la question du consentement à l'agression. De plus, il est évident que ce contre-interrogatoire aurait été fortement préjudiciable et qu'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; de plus, il n'aurait pu que nuire au procès en détournant l'attention du jury de la question précise du consentement à l'agression lors de cet incident particulier.

Dispositif

En définitive, je conclus à la constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel* et, comme Madame le juge McLachlin, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

//*Le juge McLachlin*//

Version française des motifs des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE McLACHLIN (dissidente) -- Le présent pourvoi soulève deux questions -- celle des éléments qu'il faut établir dans une affaire d'agression sexuelle pour que le juge puisse soumettre au jury le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement, et celle de savoir dans quels cas il convient dans ce genre d'affaire de permettre le contre-interrogatoire sur des dossiers médicaux délicats. Ces deux questions revêtent une grande importance, non seulement quant à l'évolution régulière du droit criminel mais également en ce qui touche la répression nécessaire de l'un des maux les plus graves qui afflige notre société, l'agression sexuelle.

Bien que je souscrive en bonne partie aux motifs de mes collègues les juges Cory et L'Heureux-Dubé, j'aborde de façon quelque peu différente chacune des deux questions soulevées dans ce pourvoi. En définitive, je rejeterais le pourvoi pour essentiellement les mêmes motifs que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Les faits ont été analysés en détail par mes collègues. Sur certains points, la preuve n'est pas contredite. Il n'est pas contesté que les deux accusés, Osolin et McCallum, se sont rendus dans la roulotte de la plaignante et sont entrés dans sa chambre après s'être fait dire qu'elle était [TRADUCTION] «facile». Il n'est pas contesté que leur intention était d'avoir avec elle des rapports sexuels. Il n'est pas contesté que Smith, l'homme avec qui elle était, a été expulsé. Il n'est pas contesté qu'Osolin a porté la plaignante à l'extérieur de la roulotte, malgré ses protestations. Il n'est pas contesté qu'elle a été conduite à 40 milles de là dans un chalet isolé où McCallum, le conducteur, a laissé Osolin et la plaignante. Il n'est pas contesté qu'Osolin l'a alors attachée bras et jambes écartés sur le lit et qu'il a eu des rapports sexuels avec elle. Il n'est pas contesté que la plaignante a été retrouvée en pleurs et hystérique sur la route à 3 h 30 du matin, et qu'elle a dit au policier qu'elle avait été violée. Il n'est pas contesté que sa crise d'hystérie s'est poursuivie et qu'elle a été conduite à l'hôpital. Enfin, il n'est pas contesté que son état physique, notamment les meurtrissures au poignet et les meurtrissures et la décoloration dans la région pubienne, correspondait davantage à la résistance et au viol qu'à des rapports consensuels. De plus, la lutte dont la plaignante a fait état a été confirmée par la découverte de sa culotte à une vingtaine de pieds de la roulotte où, selon son témoignage, on la lui avait déchirée après l'avoir déposée sur le siège arrière de la voiture qui a servi à la conduire au chalet isolé. L'appelant a

admis que la plaignante avait émis quelques protestations au cours de la soirée (dossier, à la p. 471), qu'il n'avait pas tenu compte de ses plaintes à propos de sa nudité (dossier, à la p. 497) et qu'il a tendance à agir comme si «non» veut dire «oui» tant qu'il n'est pas tout à fait clair qu'il n'y a pas consentement (dossier, à la p. 509).

Sur la question du consentement, il y a divergence totale entre la version de la plaignante et celle d'Osolin. La plaignante a affirmé n'avoir jamais consenti à l'enlèvement et avoir résisté du mieux qu'elle pouvait tout le temps que l'épreuve a duré. De son côté, Osolin soutient qu'elle a été une participante consentante aux incidents de la nuit.

Osolin a été accusé d'agression sexuelle et d'enlèvement. McCallum a quant à lui été accusé d'enlèvement. La défense d'Osolin, tel qu'il appert de son témoignage, de celui de McCallum et de la nature du contre-interrogatoire de la plaignante, reposait sur le consentement allégué de la plaignante. Selon la thèse de la défense, la plaignante avait de fait consenti à l'enlèvement et aux actes sexuels pour ensuite inventer l'histoire de l'absence de consentement pour éviter un affrontement avec ses parents. Osolin n'a pas expressément nié l'avoir séquestrée en la tirant de la roulotte et en l'amenant en voiture au chalet. Il a cependant déclaré dans son témoignage qu'elle semblait accepter ce qui se passait, bien que passivement; en contre-interrogatoire, il a dit n'avoir aucun doute qu'elle a consenti à tout ce qui s'est passé dans le chalet (dossier, à la p. 458). L'essentiel de sa preuve reposait donc sur le consentement, dans les faits, de la plaignante; il n'a jamais évoqué la possibilité qu'il ait simplement cru sincèrement à son consentement bien qu'elle n'ait pas consenti.

Tout en laissant au jury le soin de déterminer s'il y avait eu consentement de la plaignante, le juge du procès a refusé de lui soumettre le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée d'Osolin à ce sujet, pour le motif que ce moyen n'avait, d'après la preuve, aucune «vraisemblance» comme l'exige la loi. Le jury l'a déclaré coupable d'enlèvement et d'agression sexuelle, et il a été condamné à une peine de six ans d'emprisonnement. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu la déclaration de culpabilité: (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159. Osolin se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Analyse

Les restrictions au contre-interrogatoire

Avant et après les événements en cause au procès, la plaignante a reçu des soins psychiatriques. L'avocat d'Osolin a demandé et obtenu la communication des dossiers médicaux de celle-ci aux fins de permettre à un expert d'examiner son habileté à témoigner sous serment. La validité de l'ordonnance de production n'est pas en cause dans la présente instance.

L'avocat d'Osolin a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ces dossiers et, en particulier, au sujet de la note faisant état des craintes qu'elle avait exprimées à son médecin après les événements en cause, savoir [TRADUCTION] «que son attitude et son comportement aient pu influencer l'homme jusqu'à un certain degré». La note précisait qu'elle commençait [TRADUCTION] «à avoir des doutes quant à toute l'affaire». L'avocat d'Osolin a

expliqué au juge que le contre-interrogatoire avait pour but de montrer [TRADUCTION] «le genre de personne qu'est la plaignante».

Je souscris à l'analyse de mon collègue le juge Cory en ce qui concerne les principes régissant la décision du juge du procès d'autoriser ou non un contre-interrogatoire en pareil cas. Je suis également d'accord avec l'accent que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé a mis sur le caractère discrétionnaire de la décision du juge lorsque la preuve se rapporte au comportement sexuel antérieur de la plaignante et sur la prudence dont le tribunal doit faire montre en permettant qu'elle soit interrogée sur des questions tels ses antécédents, dont la pertinence quant aux points réels en litige peut être faible sinon inexiste tout en portant indûment atteinte à sa réputation et à sa vie privée. De plus, comme l'a souligné le juge L'Heureux-Dubé, l'utilisation de la preuve psychiatrique en contre-interrogatoire peut présenter des dangers particuliers. La règle est claire. Pour être autorisée à contre-interroger la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur, la défense doit établir que le contre-interrogatoire possède «un degré de pertinence qui l'emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l'admission de cette preuve»: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 634.

Telle était donc la tâche du juge du procès. Étant donné la demande de contre-interrogatoire qui lui était présentée, il devait déterminer si la défense avait établi que ce contre-interrogatoire avait une pertinence telle qu'elle était susceptible de 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, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Seaboyer*, à la p. 634,

«doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense». À quoi j'ai ajouté expressément: «Les recherches à l'aveuglette qui ont malheureusement sévi dans le passé ne doivent plus être autorisées.» (Je souligne.)

Pour que ce critère soit respecté, l'accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire vise une «fin légitime», un moyen de défense particulier. En l'espèce, l'avocat de l'accusé n'a pas fait cette preuve. Tout ce qu'il a fait valoir, c'est qu'il voulait ainsi montrer «le genre de personne qu'est la plaignante». Comme le dit le juge Cory, c'est le type même de fin indue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits suivant les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Seaboyer*, et en l'absence d'autre précision, «le juge du procès a eu raison de refuser d'autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire à cette fin» (p. 673).

La question est donc de savoir si cette «autre précision» a été apportée en l'espèce. Or, l'avocat d'Osolin n'a fait valoir aucun autre motif, son seul but étant, d'après le dossier, de discréder la réputation de la plaignante.

On allègue toutefois que le défaut de l'avocat de justifier la pertinence du contre-interrogatoire ne met pas fin à la tâche d'investigation incomptant au juge du procès. Ce dernier, dit-on, a l'obligation distincte d'examiner les éléments sur lesquels est susceptible de porter le contre-interrogatoire et de faire en sorte que soient explorées toutes les avenues pouvant conduire au reproche de la plaignante et que l'avocat de l'accusé a pu négliger. On ajoute que le juge du procès ne s'est pas acquitté de cette obligation. Il aurait dû, soutient-on, insister pour qu'un

contre-interrogatoire soit tenu sur la note en cause, non pas en vue d'en tirer des révélations sur la moralité de la plaignante mais plutôt aux fins d'établir que celle-ci aurait pu avoir des raisons d'alléguer faussement avoir été victime d'une agression sexuelle, ainsi que sur la question de savoir si elle a fait quoi que ce soit qui aurait pu porter Osolin à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles. Conséquemment, estime-t-on, un nouveau procès s'impose.

La Cour d'appel a rejeté cette thèse. Au nom de la cour, le juge Southin a conclu que l'absence de motif valide à l'appui de la demande de contre-interrogatoire était fatale à ce moyen d'appel. En revanche, mon collègue le juge Cory a accepté cette argumentation. Avec égards, je me range à l'avis du juge Southin.

Mon collègue le juge Cory dit (à la p. 673) qu'«indépendamment des prétentions avancées par l'avocat de la défense, il incombe au juge du procès de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés». Cet énoncé me semble susciter deux difficultés.

La première est que, contrairement à la règle formulée dans l'arrêt *Seaboyer*, il n'appartiendrait plus alors uniquement à l'accusé d'établir la légitimité de la fin visée par le contre-interrogatoire. Au contraire, dans le cas où l'avocat de la défense ne réussirait pas à établir cette légitimité, la charge se déplacerait et c'est au juge du procès qu'il incomberait de déterminer de façon indépendante s'il y a potentiellement matière à contre-interrogatoire légitime.

La seconde difficulté a trait aux conséquences qui résulteraient de la décision du juge portant qu'il y a encore potentiellement matière à contre-interrogatoire légitime. Le jury Cory dit (à la p. 673) que, dans les circonstances, le juge du procès «aurait dû autoriser le contre-interrogatoire». (Je souligne.) Or il ne s'agit pas d'autoriser le contre-interrogatoire puisque l'avocat ne l'a pas demandé pour une fin légitime. Dans un cas comme celui-ci où l'avocat n'a pas demandé l'autorisation de contre-interroger sur des sujets qu'il peut légitimement aborder, le juge qui veut s'acquitter de son obligation «de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés» aurait, semble-t-il, deux options à sa disposition. En premier lieu, il pourrait ordonner à l'avocat de procéder à un contre-interrogatoire, à des fins légitimes, sur les sujets qui n'ont pas été abordés. (Il serait insuffisant de simplement suggérer la tenue de ce contre-interrogatoire puisque, advenant le refus de l'avocat, la protection des droits de l'accusé ne serait pas assurée.) En second lieu, il pourrait entreprendre lui-même le contre-interrogatoire omis. Or, les deux perspectives présentent des difficultés. Dans le premier cas, le juge du procès usurpe le droit de l'avocat (et implicitement celui de l'accusé) de présenter sa preuve comme il l'entend. Dans le second, il assume lui-même le rôle de l'avocat.

À mon sens, imposer au juge du procès l'obligation de voir à ce que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées est incompatible avec la nature même du processus judiciaire et ne ferait qu'embrouiller et compliquer indûment la poursuite des infractions criminelles. Notre système pénal est de type essentiellement contradictoire. Le ministère public présente des éléments de preuve visant à établir la culpabilité de l'accusé

hors de tout doute raisonnable. L'accusé fait ressortir les faiblesses de la preuve du ministère public et présente parfois une contre-preuve. Le tribunal, composé d'un juge et d'un jury, siège à titre d'arbitre neutre chargé de décider si, après présentation de tous les éléments de preuve, le ministère public a prouvé la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

On a souvent souligné le danger de voir les juges abandonner leur rôle traditionnel d'arbitre neutre. Il s'est dégagé à cet égard la règle générale voulant que, si les juges peuvent poser des questions à des fins de clarification et d'explication, ils ne sont pas pour autant obligés de se substituer aux avocats compétents, et devraient de fait s'en abstenir: *Boran c. Wenger*, [1942] O.W.N. 185 (C.A.); *R. c. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248 (C.A. Man.); *Majcenic c. Natale*, [1968] 1 O.R. 189 (C.A.), et *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.). D'ailleurs, des juges présidant des procès ont été critiqués et des verdicts ont été infirmés précisément parce que les juges étaient montés dans l'arène pour soumettre l'accusé à leur propre contre-interrogatoire: *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (C.A. Ont.); *R. c. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii.

Cette conception du juste rôle du juge du procès repose sur un certain nombre de considérations. D'abord, le juge ne doit pas seulement être impartial; il doit donner l'apparence d'impartialité; *R. c. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259. Le juge qui usurpe le rôle de l'avocat, qu'il s'agisse de l'avocat du ministère public ou de celui de la défense, risque de donner une

apparence de partialité et s'expose au danger d'une identification psychologique aux réponses qu'il aura réussi à obtenir.

L'intervention judiciaire comporte un second risque, celui d'être préjudiciable à la défense. L'avocat de la défense peut avoir de bonnes raisons de ne pas s'engager, en contre-interrogatoire, sur un terrain qui peut sembler fertile au juge qui n'a pas, comme lui, la possibilité d'évaluer les conséquences d'aborder la question. Dans l'arrêt *Yuill c. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183 (C.A.), cité et approuvé dans *Brouillard*, précité, lord Greene, maître des rôles, explique, à la p. 185, qu'[TRADUCTION] «[o]n ne doit jamais perdre de vue que le juge ignore la teneur du mémoire de l'avocat et n'a pas les mêmes possibilités que l'avocat de mener un interrogatoire principal ou un contre-interrogatoire efficaces».

Enfin, il est douteux que le déroulement efficace des procès requiert que le juge intervienne en contre-interrogatoire lorsque l'avocat a omis d'explorer certaines avenues. Le juge qui préside l'instance assume déjà la lourde tâche de veiller à ce que le procès se déroule dans l'équité et la célérité, d'écouter la preuve et d'en faire l'appréciation. Dans un procès avec jury, il assume en outre la tâche de voir à ce que ce dernier reçoive les directives appropriées. Ajouter à cela le devoir de passer en revue les avenues possibles de contre-interrogatoire que l'avocat a laissé intactes serait lui imposer une autre tâche, celle de l'avocat -- des deux parties au surplus. Cette tâche pourrait demander un temps considérable, comme en témoigne la présente affaire. Les dossiers médicaux produits en l'espèce consistent en une centaine de pages de rapports. Si l'appelant a raison, le juge du procès doit examiner toutes ces pages pour voir s'il n'y aurait pas quelque note sur laquelle la défense pourrait asseoir un contre-interrogatoire. On peut présumer

qu'en toute équité le juge serait obligé d'agir de même à l'égard de la preuve du ministère public. Cela étant, il me semble que la seule règle équitable et pratique est de laisser aux avocats le choix du type de contre-interrogatoire dans lequel ils désirent s'engager. Le juge peut poser des questions à des fins de clarification et d'explicitation. Mais on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir insisté pour que soit abordée en contre-interrogatoire une avenue que l'avocat a choisi de laisser en friche.

Mon collègue le juge Cory a laissé entendre 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 devrait ordonner la tenue d'un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire. En présumant, aux fins de la présente analyse, qu'un tribunal d'appel est tenu d'ordonner un nouveau procès lorsqu'il appert que l'avocat a choisi, en contre-interrogatoire, de ne pas fouiller un point crucial qui peut entraîner une erreur judiciaire, je ne crois pas que tel soit le cas en l'espèce. On a fait valoir qu'un contre-interrogatoire sur la note en cause aurait pu amener la plaignante à avouer qu'elle avait inventé l'histoire de l'agression sexuelle pour éviter un affrontement avec ses parents. Tout comme le juge Southin de la Cour d'appel, j'estime que, dans la mesure où les éléments de preuve ainsi obtenus auraient pu avoir une faible valeur probante quant à la thèse de la défense concernant la fabrication de cette version, on ne peut conclure à un tort important ou à une erreur judiciaire grave. 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.

Il a été allégué devant nous que le contre-interrogatoire aurait pu également servir à étayer la thèse subsidiaire de la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement de la plaignante. On peut s'interroger, à l'instar de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, sur la valeur des réponses qui auraient pu être obtenues, compte tenu du phénomène bien connu de la culpabilité des victimes dans ce genre d'affaires. Quoi qu'il en soit, il est loin d'être certain que des réponses favorables à l'accusé sur ce point auraient pu influencer le jury vu l'ensemble de la preuve. À ce sujet, je note que le juge du procès a permis que le dénommé Bragg soit contre-interrogé sur ce qu'il a dit à Osolin à propos des activités sexuelles de la plaignante avec le dénommé Dick le jour des événements en cause. Il a également permis que la plaignante soit contre-interrogée sur ses activités sexuelles ce jour-là. En bref, le jury disposait donc déjà d'un grand nombre d'éléments de preuve négatifs concernant «son attitude et son comportement» à ce moment. Dans les circonstances, il m'est impossible de conclure que le fait que l'avocat de la défense n'ait pas procédé à un contre-interrogatoire sur ces questions donne à Osolin le droit d'obtenir un nouveau procès.

Pour déterminer si le juge du procès aurait dû intervenir, il ne faut pas perdre de vue que les questions projetées auraient contredit la thèse soutenue par la défense au procès. Tel qu'il appert en effet du témoignage d'Osolin et du contre-interrogatoire de la plaignante, la défense visait à établir que la plaignante avait été une participante consentante aux incidents de la soirée et qu'elle avait inventé, après le fait, l'histoire de l'enlèvement et de l'agression sexuelle dans l'espoir d'éviter un affrontement avec ses parents. Interroger la plaignante pour savoir si, bien qu'elle n'ait pas consenti, elle a pu agir d'une façon qui aurait laissé

croire à Osolin qu'elle consentait, aurait été en contradiction avec la thèse de la défense. Cela peut expliquer pourquoi l'avocat a choisi de ne pas la contre-interroger sur ce point. Il voulait la contre-interroger dans le but d'établir sa mauvaise moralité, but qui était compatible avec la thèse voulant qu'elle ait consenti aux actes d'Osolin et qu'elle ait menti en prétendant le contraire. Selon toute apparence toutefois, l'avocat ne souhaitait pas la contre-interroger sur la thèse opposée de l'absence de consentement conjuguée à la croyance sincère mais erronée d'Osolin au consentement. On peut également présumer qu'il n'aurait pas souhaité que le juge du procès intervienne pour mener un interrogatoire à ce sujet. S'engager dans ce type de contre-interrogatoire aurait eu pour résultat de soumettre au jury une version des événements qu'il leur demandait de rejeter.

Ayant choisi de présenter sa preuve de la façon qu'il jugeait alors la meilleure, Osolin vient devant notre Cour demander un nouveau procès qui lui permettrait d'explorer des avenues qu'il croyait sage d'éviter à l'époque, en plaidant que lui refuser un tel procès équivaudrait à une erreur judiciaire fondamentale. Je ne puis être d'accord. L'accusé a droit à un procès, au cours duquel il est loisible de faire porter son contre-interrogatoire sur autant de moyens de défense qu'il le veut. Il n'a pas droit à une série de procès, explorant une thèse dans l'un et une deuxième dans le suivant.

Pour ces motifs, je suis d'avis de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès fondé sur le refus du contre-interrogatoire.

La croyance sincère mais erronée au consentement et le critère de la vraisemblance

Plusieurs moyens de défense peuvent être soulevés à l'encontre d'une accusation d'agression sexuelle. On peut d'abord faire valoir que les actes physiques reprochés ne se sont jamais produits. Ce moyen de défense n'a pas été soulevé en l'espèce. Un deuxième moyen consiste à reconnaître que les actes se sont produits mais que la plaignante y a consenti. C'est la thèse que la défense a soutenue dans la présente affaire. Un troisième moyen est de faire valoir que bien que les actes se soient produits et que la plaignante n'y ait pas consenti, l'accusé croyait sincèrement mais à tort qu'elle était consentante. Il ne possédait pas, par conséquent, la *mens rea* subjective ou l'intention coupable nécessaire à une déclaration de culpabilité.

Comme mes collègues l'ont souligné, pour qu'un moyen de défense puisse être soumis au jury, il faut que ce moyen soit étayé par la preuve ou, comme on le dit parfois, qu'il soit «vraisemblable». Présenter un moyen de défense au jury lorsque cette «vraisemblance» ne ressort pas de la preuve serait risquer de semer la confusion chez les jurés et de donner ouverture à des verdicts non fondés sur la preuve.

Cette règle est certes d'application générale, mais elle suscite une attention particulière dans le contexte des procès pour agression sexuelle. En effet, l'un des moyens de défense les plus courants dans ce genre de procès, soit la défense de la croyance sincère mais erronée, est fréquemment invoqué dans des cas où ce moyen de défense ne ressort aucunement de la preuve, ce qui oblige la cour à aviser le jury de son absence de vraisemblance.

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.

Dans la plupart des cas, la preuve de l'absence de consentement est fournie par le témoignage de la plaignante. Par contre, l'accusé qui veut établir sa croyance sincère mais erronée déclare habituellement en témoignage qu'il croyait sincèrement que la plaignante était consentante. En théorie, cette croyance pourrait être invoquée dans tous les cas, même lorsqu'elle ne correspond aucunement à la preuve sur les événements. On a donc statué que la simple affirmation que l'accusé croyait au consentement ne suffit pas à donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée; cette affirmation doit en effet être «appuyé[e] dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances»: *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 790. Cet appui peut provenir de l'accusé ou d'autres sources; sur ce point, je souscris à la façon dont le juge Cory a dissipé la confusion qui subsistait dans la jurisprudence antérieure. Mais cet appui doit exister. Comme l'a dit lord Morris of Borth-y-Gest, il doit y avoir plus que [TRADUCTION] «l'expression creuse d'une formule d'excuse facile»: *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), à la p. 417.

On a laissé entendre que cette exigence s'écartait de la règle générale voulant que, en droit criminel, l'appréciation du caractère suffisant de la preuve présentée à l'appui d'un moyen de défense, si faible soit-elle, relève du jury. Dans la mesure où il existe une preuve, soutient-on, c'est au jury qu'il appartient de

décider si elle est suffisante et, non au juge. Soutenir le contraire serait priver l'accusé de son droit fondamental d'être jugé par un jury.

La réponse à cet argument, me semble-t-il, est que le simple fait d'affirmer sa croyance ne constitue pas la preuve de sa sincérité. L'exigence d'une croyance sincère n'équivaut pas au critère objectif de la croyance raisonnable, mais elle exige néanmoins un certain appui dans les circonstances. Une croyance totalement non fondée n'est pas une croyance sincère. Celui qui croit sincèrement à un état de fait est celui qui a examiné les circonstances et qui en a tiré une inférence honnête. Pour être sincère, la croyance doit donc découler dans une certaine mesure des circonstances. Son fondement n'a pas à atteindre le degré nécessaire pour qu'une croyance soit qualifiée de raisonnable. Mais il doit y avoir un fondement. La personne qui commet une agression sexuelle en l'absence de circonstances permettant d'inférer le consentement du plaignant a, à tout le moins, fait preuve d'ignorance volontaire quant au consentement. Il y a une distinction, en droit, entre la «croyance sincère» au consentement, laquelle s'infère, bien que de façon erronée, des circonstances, et l'«ignorance volontaire» quant au consentement, laquelle est une croyance non fondée sur les circonstances et qui ne constitue pas un moyen de défense.

Cela m'amène aux faits de l'espèce. Comme je l'ai souligné, la thèse de la défense a consisté à affirmer que la plaignante était consentante mais qu'elle a menti à ce propos afin d'éviter un affrontement avec ses parents. C'est dans ce contexte que l'accusé a déclaré avoir cru à son consentement. Toutefois, au moment de l'exposé au jury, Osolin a demandé au juge présidant l'instance qu'il lui soumette le moyen de défense additionnel de la croyance sincère mais erronée,

fondée sur le non-consentement de la plaignante. Après avoir pris acte des versions largement divergentes de la plaignante et de l'accusé, avoir passé en revue le droit en matière de croyance sincère mais erronée et vu l'exigence que le moyen de défense invoqué soit, d'après la preuve, vraisemblable, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] Il faut d'autre preuve que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement. Pour être vraisemblable, cette preuve doit ressortir de sources autres que l'accusé, ou s'y appuyer.

J'estime qu'il n'y a pas de vraisemblance en l'occurrence, qu'il n'existe pas d'autres éléments de preuve et, conséquemment, je ne donnerai pas de directive au jury à cet égard et je ne permettrai pas à l'avocat d'invoquer la défense d'erreur de fait.

La Cour d'appel a souscrit à cette conclusion. Le juge Southin a toutefois estimé que le juge du procès avait commis une erreur en laissant entendre que la preuve susceptible de conférer une vraisemblance à la défense devait provenir de personnes autres que l'accusé. Elle a néanmoins conclu que, d'après la preuve, l'argument portant que la croyance de l'accusé au consentement l'avait privé de la *mens rea* nécessaire à la perpétration des infractions d'enlèvement ou d'agression sexuelle n'avait aucune vraisemblance (aux pp. 183 et 184 C.R.):

[TRADUCTION] L'appelant n'a jamais déclaré qu'il avait cru sincèrement ne pas avoir amené la plaignante à Parksville contre son gré. Il n'a pas dit avoir cru que la plaignante, qui était nue, consentait à faire une ballade de 40 milles par une froide nuit de mars avec deux personnes qui lui étaient relativement étrangères et qui atteignaient chacune le double de sa taille. Il n'a pas dit ne pas avoir eu l'intention de la séquestrer contre son gré. S'il avait fait une telle déposition, qui l'aurait cru?

...

Mise à part la contrainte physique réelle, rien n'est plus propre à susciter un état d'enfermement que d'être privé de ses vêtements. Tout ce que l'appelant a pu dire pour sa défense est: «Je n'ai pas réfléchi». À mon sens, il s'agit là, à tout le moins, d'insouciance ou d'ignorance volontaire.

En ce qui concerne l'infraction d'agression sexuelle, le juge Southin a estimé que n'eût été l'enlèvement, il aurait peut-être été préférable que la question de la croyance sincère mais erronée soit soumise au jury. Elle est toutefois arrivée à la conclusion suivante (à la p. 184 C.R.):

[TRADUCTION] À mon avis, l'argument selon lequel un homme qui, sciemment ou par insouciance, a séquestré une femme par la force et contre son gré peut croire sincèrement que, durant sa séquestration, elle consentait librement à ses avances sexuelles n'a absolument aucune vraisemblance.

Il reste une question à trancher, savoir s'il existait une preuve, émanant de l'accusé ou d'autres sources, à l'appui de la croyance sincère qu'a invoquée Osolin. À cet égard, je partage la conclusion des juridictions inférieures quant à l'inexistence de cette preuve. Les faits non contestés exposés au début de ces motifs ne peuvent en rien servir à étayer une croyance honnête. Il s'agit, au mieux, d'ignorance volontaire. L'homme qui tire une femme de chez elle nue et, malgré ses protestations, la conduit dans un endroit isolé où il l'attache au lit et a avec elle des rapports sexuels est, à tout le moins, prévenu qu'elle n'est peut-être pas consentante. Son omission de s'enquérir à cet égard n'est compatible qu'avec deux états d'esprit: l'intention de parvenir à ses fins sans son consentement ou l'ignorance volontaire quant à savoir si elle est ou non consentante. En d'autres termes, aucun individu, raisonnable ou non, ne pourrait sincèrement inférer le consentement en pareilles circonstances du seul fait qu'à certains moments, la

plainteuse a pu acquiescer passivement. La preuve qu'Osolin a soumise au jury aurait pu, ainsi que l'a conclu le juge du procès, correspondre à une ignorance volontaire. Mais elle ne pouvait servir à étayer le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée. «Je n'ai pas réfléchi», a dit lui-même Osolin au jury.

Avant de clore le sujet, je ferai deux remarques. La première concerne l'argument que la divergence des versions du plaignant et de l'accusé au sujet du consentement empêche nécessairement, en droit, de plaider une troisième version, celle de la croyance sincère mais erronée. Je ne suis pas aussi convaincue que le sont mes collègues qu'en présence de deux versions diamétralement opposées, l'une alléguant l'absence de consentement et l'autre, le consentement, il soit logiquement impossible de concevoir une défense de croyance sincère mais erronée. Même si cette situation se présente rarement, il est possible, à mon sens, 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. Comme le dit A. W. Bryant:

[TRADUCTION] . . . le rejet de ce plaidoyer subsidiaire pour le motif que le témoignage du plaignant et celui de l'accusé sont diamétralement opposés et qu'il y a donc insuffisance du fondement commun requis est fondé, en partie, sur le postulat -- contestable dans certains cas -- que le plaignant a donné une version complète. De plus, l'exigence de la corroboration peut encourager faussement l'accusé à faire concorder partiellement son témoignage avec celui du plaignant afin de constituer le fondement commun susceptible d'étayer le moyen de défense.

(«The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94, à la p. 149.)

La seconde remarque porte sur le passage des motifs de mon collègue le juge Cory où il dit que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que

l'enlèvement ne pouvait servir de motif pour rejeter la défense d'erreur de fait. Selon son analyse, cette conclusion est incorrecte parce qu'il n'y a pas eu de condamnation antérieure sous le chef de l'enlèvement. En d'autres termes, il estime que le raisonnement de la Cour d'appel est vicié en ce qu'il présume qu'il n'y a pas de défense à l'infraction d'agression sexuelle parce qu'il n'y en avait aucune à l'encontre de l'enlèvement, question qui était elle-même en litige. Je dois dire que telle n'est pas mon interprétation des motifs de la Cour d'appel. Il me semble que le juge Southin a simplement voulu dire que la preuve de la séquestration dépouillait de tout fondement la défense de la croyance sincère mais erronée.

Je suis d'accord avec le juge Cory pour conclure que le par. 265(4) du *Code criminel*, qui oblige l'accusé soulevant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à établir que ce moyen de défense a une vraisemblance, ne viole pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

//Le juge Sopinka//

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA -- J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à la solution à laquelle il est arrivé et à ses motifs, sous réserve des observations suivantes.

Bien que je sois d'accord avec ses motifs au sujet du contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux, je préférerais ne pas faire de commentaires au sujet de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié par la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2). La mention que mon collègue en fait pourrait s'interpréter comme un commentaire sur sa constitutionnalité, qui n'est pas en cause en l'espèce.

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d'accord avec le juge Cory que le par. 265(4) «établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense» (p. 676) et qu'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. Je crois que nous sommes tous du même avis sur ce point. En réalité, c'est là le fondement de la décision que nous avons prise que le paragraphe est constitutionnel. L'expression «charge de présentation» et la définition que j'en ai donnée sont bien connues des juges de première instance et bien acceptées. Je ne puis voir comment l'addition du mot «vraisemblance» facilite la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense. Je m'inquiète qu'en essayant d'ajouter quelque chose à la définition d'un concept fondamental de droit criminel, on ne fasse qu'embrouiller la question. Tout comme les tentatives de cerner le sens de «doute raisonnable» ont souvent donné lieu à une erreur justifiant l'infirmerie de la décision, de même, le recours au critère de la «vraisemblance» incite les juges de première instance à évaluer la preuve plutôt qu'à appliquer la définition juridique que j'ai mentionnée.

J'accepte les réserves du juge McLachlin au sujet de l'approbation par le juge Cory du principe selon lequel le moyen de défense de croyance erronée ne s'applique pas si le plaignant et l'accusé donnent des versions diamétralement opposées de ce qui s'est passé.

Écarter le moyen de défense de croyance erronée lorsque l'accusé et le plaignant présentent des versions contradictoires des faits s'appuie sur l'hypothèse que la version de l'accusé ou celle du plaignant représente la relation complète de ce qui s'est passé. Ainsi que J. M. Williams le signale («Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*» (1985), 63 R. du B. can. 597), c'est une hypothèse douteuse. Parlant de l'arrêt *Pappajohn* ([1980] 2 R.C.S. 120), Williams dit, aux pp. 611 et 612:

[TRADUCTION] Il ressort de la décision de la majorité que le jury devrait accepter une version en totalité ou la rejeter en totalité. Si cela correspondait à ce que ferait un jury, alors on peut facilement comprendre pourquoi la majorité ne pouvait voir l'utilité de soumettre au jury le moyen de défense subsidiaire de l'erreur. En supposant, comme on l'a proposé, que les deux versions étaient totalement incompatibles, si le jury a cru la version de l'accusé dans sa totalité, celui-ci serait acquitté pour le motif qu'il n'y avait pas d'*actus reus* (c.-à-d. qu'il y a eu consentement). Si le jury a cru totalement la plaignante, non seulement l'*actus reus* aurait été prouvé, mais, de plus, le jury aurait déjà caractérisé l'accusé de menteur. En conséquence, il devient donc peu réaliste de proposer que les jurés concluraient néanmoins que l'accusé *croyait sincèrement au consentement*.

Le raisonnement qui précède paraît logique, vu l'hypothèse de départ. Il reste à déterminer cependant s'il convient de supposer qu'un jury acceptera une version dans sa totalité et rejettéra entièrement l'autre. Il semble que non. Quand il y a deux versions contradictoires des faits, le juge des faits doit «déterminer» ce qui s'est produit. Il est reconnu que, pour le faire, le juge des faits n'est pas tenu d'accepter la totalité de la preuve d'une partie, mais qu'il peut en croire certains éléments et en rejeter les éléments inacceptables. [En italique dans l'original.]

Dans l'arrêt *Lee Chun-Chuen c. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73 (C.P.), lord Devlin a dit, à propos de la façon de satisfaire à la charge de présentation en matière de provocation, à la p. 80:

[TRADUCTION] L'essentiel est qu'il ressorte, soit autant que possible de la partie recevable de la déposition de l'accusé, soit de celles d'autres témoins ou d'une combinaison raisonnable de celles de l'un et des autres, une version crédible d'événements qui révèlent des éléments évoquant la provocation en droit. S'il est impossible de dégager une telle version de la preuve, il est interdit d'amener le jury à en inventer une.

Comme pratique courante, dans une affaire criminelle, le juge dit au jury que l'évaluation de la déposition d'un témoin n'est pas une affaire de tout ou rien. Voici une directive typique à donner à un jury:

[TRADUCTION] Pour évaluer la déposition d'un témoin, comprenez bien que vous n'êtes pas tenus de croire ou de rejeter tout ce que dit un témoin en particulier. Vous pouvez, cela va de soi, décider de croire tout ce qu'un témoin dit à la barre ou de n'en rien croire. Mais vous pouvez aussi décider de croire seulement certains éléments de ce que le témoin dit et de ne pas croire le reste.

(G. A. Ferguson et J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2^e éd. 1989), vol. 1, à la p. 4.12-2.)

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière que propose le juge Cory.

//Le juge Cory//

Version française du jugement des juges Cory et Major rendu par

LE JUGE CORY -- Deux points fondamentaux sont soulevés dans le présent pourvoi. L'un a trait à la question de savoir si le critère de la «vraisemblance» établi au par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte atteinte aux droits constitutionnels de l'appelant garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'autre porte sur la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en n'accordant pas un nouveau procès motivé par les restrictions apportées par le juge du procès au contre-interrogatoire de la plaignante.

I. Les faits

La plaignante en l'espèce est une adolescente de 17 ans. Après un séjour dans un hôpital psychiatrique en janvier et en février 1987, elle était revenue vivre chez ses parents près de Ladysmith en Colombie-Britannique, où elle demeurait le 26 mars de la même année. En dépit de ses 17 ans, elle avait une instruction limitée. Elle avait terminé la huitième année et quitté l'école à l'âge de 14 ans. Elle est de taille modeste, mesurant cinq pieds et sept pouces et ne pesant que 115 livres.

Le matin du 26 mars, un ami du nom de Brad Dick, qu'elle avait fréquenté à quelques reprises, l'a appelée et ils se sont entendus pour se rencontrer à 11 heures le même jour. Dick, qui était dans la vingtaine, est arrivé à l'endroit convenu avec un ami du nom de Ken Smith, qui était dans la trentaine.

Ils se sont rendus tous les trois à la roulotte de Jim Bragg, située au nord de Ladysmith. Il y ont bu de la bière. Ils se sont ensuite rendus à Dual

Mountain, puis à Boat Harbour. C'est là que Brad Dick et la plaignante se sont retirés dans un endroit isolé pour y avoir des rapports sexuels consensuels.

Les trois amis sont finalement revenus à la roulotte. Smith a alors reconduit Dick en ville vers 17 h. Il est revenu rejoindre la plaignante et Bragg, et ensemble ils ont passé le temps à boire et à jouer aux cartes. La plaignante est restée avec Bragg et Smith parce que, pour reprendre ses paroles, ils semblaient être [TRADUCTION] «d'assez bons gars» et qu'elle appréciait leur compagnie. Ils ont tous trois emprunté l'automobile de Smith, mais celle-ci est tombée en panne. Elle a calé à une centaine de pieds de la roulotte et ils ont dû la pousser. C'est à ce moment que l'appelant, Stephen Osolin, et Russell McCallum sont arrivés sur les lieux à bord d'une autre automobile. Ils ont tous les cinq passé quelques minutes dans la roulotte. Smith et la plaignante sont retournés dans l'automobile de ce dernier pour s'y embrasser et se caresser. Bragg, McCallum et Osolin ont quitté la roulotte à destination d'un bar. Avant de partir, Bragg a dit à Smith et à la plaignante qu'ils pouvaient utiliser la roulotte. Smith et la plaignante se sont alors rendus dans la chambre à coucher de la roulotte où ils ont eu des rapports sexuels.

Pendant ce temps au bar, Bragg a dit à McCallum et à Osolin que la plaignante était une personne de mœurs légères, ou, dans ses mots, [TRADUCTION] «une fille facile», et qu'ils pourraient tous la posséder à tour de rôle. Après avoir quitté Bragg au bar, McCallum et Osolin sont revenus à sa roulotte. Ils ont fait irruption dans la chambre, ont tiré Smith du lit, l'ont fait sortir et l'ont conduit à une certaine distance de la roulotte. Il y a lieu de mentionner en passant que Smith, qui mesure cinq pieds et sept pouces et qui pèse 150 livres, était relativement plus petit que les autres hommes.

De retour dans la chambre, McCallum s'est emparé de la plaignante et l'a projetée sur le lit. Elle était en état de choc et effrayée. McCallum l'a touchée et caressée, l'empêchant de se rhabiller. Il a tenté d'avoir des rapports sexuels avec elle, mais elle s'est débattue. Il s'est mis en colère et a proféré des menaces qui l'on effrayée. Elle a entendu l'automobile qui revenait et a tenté de remettre sa blouse, mais encore une fois McCallum l'en a empêchée. Ce faisant, il lui a arraché son pendentif viking du cou. Elle l'a vu tomber sur le lit et l'a saisi. Elle l'a par la suite laissé tomber dans le chalet de Parksville, où il a été retrouvé par la police. Elle a réussi à remettre sa culotte au moment où Osolin est entré dans la chambre.

Elle a déclaré avoir été frappée sur le côté de la tête. Osolin l'a soulevée et portée sur son épaule pour l'amener à l'automobile. Au moment où on l'enlevait, elle a dit qu'elle voulait ses vêtements. La plaignante a déclaré avoir résisté à son retrait de la roulotte et avoir dit qu'elle voulait ses vêtements; sa tête a heurté le cadre de la porte et Osolin l'a frappée en plein visage. Ni Osolin ni McCallum ne sont allés chercher ses vêtements. L'appelant a admis [TRADUCTION] «ne pas avoir tenu compte» des protestations de la plaignante forcée à quitter la roulotte nue. La plaignante a déclaré qu'Osolin l'avait alors déposée sur le siège arrière de l'automobile et qu'il avait déchiré sa culotte. Osolin et McCallum ont tous deux déclaré que la plaignante était nue à ce moment et qu'Osolin n'avait pas déchiré sa culotte. La police a par la suite trouvé une culotte de femme sur le sol, à une vingtaine de pieds devant la roulotte.

Osolin s'est assis sur le siège arrière avec la plaignante tandis que McCallum a mis l'automobile en marche. La plaignante reposait sur son côté gauche et Osolin ne lui permettait pas de s'asseoir. Elle a déclaré qu'elle pleurait

à ce moment et qu'elle ne pouvait pas bouger. Osolin lui a caressé les seins et a tenté des mains de lui faire ouvrir les jambes. Elle n'a accepté aucune caresse et a déclaré qu'elle se débattait lorsqu'il l'a frappée avec force sur le côté du visage. Elle a expressément nié avoir embrassé Osolin, l'avoir caressé, avoir bu de la bière avec lui ou lui avoir tenu une conversation amicale. Osolin a déclaré que la plaignante n'avait rien fait pour indiquer qu'elle n'était pas consentante.

L'automobile s'est finalement immobilisée et Osolin en a retiré la plaignante. Il l'a tenait par le biceps droit et il l'a tirée pour lui faire franchir une clôture. McCallum s'est éloigné avec l'automobile. À ce moment, elle ne portait qu'une paire de bas blancs. Elle avait très froid, elle était bouleversée et elle pleurait. Dans le chalet, il l'a tirée vers une chambre à coucher. La plaignante a déclaré qu'il l'a projetée sur le lit et qu'il lui a attaché les mains derrière le dos à l'aide d'un fil qu'il avait retiré d'une lampe. Profitant du fait qu'Osolin avait quitté la chambre un moment, elle a couru vers une fenêtre et a tenté de s'échapper, mais il est revenu avec d'autres fils électriques qu'il avait arrachés d'un appareil. Il l'a attachée bras et jambes écartés au cadre du lit. Elle a déclaré avoir crié puis l'avoir entendu lui dire [TRADUCTION] «[i]l me serait si facile de te tuer», puis prétendre qu'il ne le ferait pas si elle était [TRADUCTION] «gentille». Il est revenu dans la chambre à coucher avec du savon et un rasoir et il a commencé à lui raser les poils du pubis. Elle lui a dit d'arrêter, mais il a continué. Elle a réussi à le frapper avec un genou, mais il a resserré le lien qui retenait cette jambe. Puis il l'a violée. L'appelant a déclaré que la plaignante était une participante empressée, bien que non active, à tous les actes préliminaires comme aux rapports sexuels.

Après les rapports sexuels, il l'a détachée et elle a demandé si elle pouvait prendre un bain. Même si elle avait fermé à clef, l'appelant a forcé la porte et a pénétré dans la salle de bains. La plaignante a déclaré que pendant qu'elle était dans la salle de bains, l'appelant lui a présenté des excuses pour tout ce qui s'était produit. L'appelant a déclaré pour sa part qu'il avait présenté des excuses uniquement au sujet du rasage, parce qu'il n'avait rien d'autre à se reprocher. Il lui a donné une vieille chemise de nuit et un chandail. À sa sortie du bain, ils se sont tous deux couchés dans le lit et ils sont tombés ivre morts ou ils se sont endormis. La plaignante a déclaré qu'à son réveil, l'appelant était encore en train de la toucher. La plaignante a alors eu une violente crise de nerfs et dit qu'elle voulait rentrer à la maison. L'appelant a déclaré avoir été réveillé par la plaignante qui disait qu'il lui fallait se rendre à Ladysmith. L'appelant lui a dit que McCallum les prendrait au matin, mais comme elle voulait absolument partir, il l'a mise à la porte du chalet en lui indiquant la direction de la route.

Peu avant 3 h 30, un gendarme de la GRC a découvert la plaignante sur la route, en proie à une violente crise de nerfs qui se manifestait par des cris et des pleurs. Il lui a demandé si elle avait été violée, ce à quoi elle a répondu par l'affirmative. Il l'a conduite au poste de police, où elle a demandé de se rendre aux toilettes pour y vomir. Comme elle continuait à être en proie à une violente crise de larmes, elle a été conduite à l'urgence de l'hôpital de Nanaimo.

L'examen médical a révélé que la plaignante avait un certain nombre de meurtrissures, d'écorchures et d'égratignures, y compris des contusions, de la tuméfaction et de la décoloration dans la région des organes génitaux. En général,

les blessures décelées correspondaient davantage à une agression sexuelle qu'à des rapports sexuels consensuels.

Le jury a conclu que l'appelant était coupable à la fois d'agression sexuelle et d'enlèvement. Il a été condamné à six années d'emprisonnement pour agression sexuelle et à quatre années pour enlèvement, à purger concurremment.

II. Les juridictions inférieures

La cour de première instance

Le juge du procès a déclaré au jury que, dans une affaire d'enlèvement, la poursuite doit démontrer que l'appelant avait l'intention de séquestrer la plaignante contre son gré. Pour ce qui est de l'agression sexuelle, il a dit au jury qu'il fallait prouver hors de tout doute raisonnable l'absence de consentement de la part de la plaignante. Il n'a pas dit expressément au jury que l'accusé devait être conscient que la plaignante ne donnait pas son consentement pour que le crime ait lieu, et 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 aucune «vraisemblance» selon le critère établi dans les arrêts *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, et *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570. Il a déclaré qu'il [TRADUCTION] «faut d'autre preuve que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement. Pour être vraisemblable, cette preuve doit ressortir de sources autres que l'accusé, ou s'y appuyer».

Au cours du procès, les dossiers médicaux sur la santé mentale de la plaignante ont été admis. Ils devaient permettre à un expert autorisé à les examiner de déterminer si la plaignante était habile à témoigner sous serment. L'avocat a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ces dossiers, notamment au sujet de la note suivante, datée du 9 juillet 1987, qui y figurait:

[TRADUCTION] L'audition relative à l'agression sexuelle a été reportée jusqu'en septembre. Linda souhaite maintenant qu'elle n'ait pas été reportée. Elle craint que son attitude et son comportement aient pu influencer l'homme jusqu'à un certain degré et elle commence à avoir des doutes quant à toute l'affaire.

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 sous serment. Selon lui, un examen plus approfondi au moyen d'un contre-interrogatoire constituerait une violation du droit à la vie privée de la plaignante.

La Cour d'appel (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159

Dans les motifs qu'elle a rédigés pour la Cour d'appel, le juge Southin s'est d'abord demandé si le juge du procès avait commis une erreur en omettant d'instruire le jury quant à la *mens rea* requise dans les infractions d'agression sexuelle et d'enlèvement. En se fondant sur les arrêts *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, et *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, elle a conclu en ce qui a trait à l'agression sexuelle que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation du critère de la vraisemblance. Elle a exprimé l'avis que le

témoignage de l'accusé pouvait à lui seul donner une vraisemblance au moyen de défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante.

Elle a toutefois conclu que l'erreur commise par le juge du procès sur ce point n'avait pas vicié les directives données au jury puisque aucun élément de la preuve de l'appelant n'obligeait le juge du procès à instruire le jury sur la question de la *mens rea* nécessaire à la perpétration de l'infraction d'enlèvement. L'appelant n'a jamais déclaré avoir cru que la plaignante consentait à être conduite vers Parksville sans ses vêtements, ou ne pas avoir eu l'intention de la séquestrer contre son gré. De toute façon, elle a exprimé l'opinion que le jury ne l'aurait pas cru s'il avait fait une telle déposition. À défaut de la perpétration de l'infraction d'enlèvement par l'appelant, elle a noté qu'il aurait peut-être été préférable que la question de la *mens rea* eût été soumise au jury relativement à l'infraction d'agression sexuelle. Elle a toutefois écrit (à la p. 184 C.R.):

[TRADUCTION] . . . l'argument selon lequel un homme qui, sciemment ou par insouciance, a séquestré une femme par la force et contre son gré peut croire sincèrement que, durant sa séquestration, elle consentait librement à ses avances sexuelles n'a absolument aucune vraisemblance.

La cour a donc conclu que le fait de ne pas donner de directive au jury quant à la *mens rea* nécessaire dans les cas d'agression sexuelle n'avait pas vicié l'exposé au jury.

Le juge Southin a ensuite examiné la prétention subsidiaire portant que la décision du juge du procès de ne pas mentionner le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée dans son exposé au jury constituait une atteinte au

droit de l'appelant à la présomption d'innocence tant qu'il n'est pas déclaré coupable, et à un procès avec jury, droits qui sont garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*. Elle a rejeté cette prétention en concluant que la *Charte* n'oblige pas le juge à attirer l'attention des jurés, dans son exposé, sur tous les aspects qui pourraient être soulevés en vertu de la loi, peu importe s'ils découlent de la preuve.

Enfin, sur la question du contre-interrogatoire, la cour a conclu que le juge du procès a commis une erreur en fondant son refus d'autoriser le contre-interrogatoire au sujet des dossiers psychiatriques de la plaignante sur le fait que ce serait porter atteinte à son droit à la vie privée. La cour a conclu que si le contre-interrogatoire portant sur les dossiers visait la crédibilité de la plaignante, l'avocat de l'appelant aurait dû être autorisé à y procéder. Toutefois, puisque le dossier du procès n'indique pas quelles questions l'avocat se proposait de demander, la cour a déterminé que ce moyen d'appel ne devait pas être accueilli non plus.

III. Analyse

A. *La restriction apportée au contre-interrogatoire par le juge du procès*

(1) Le contre-interrogatoire comme élément fondamental d'un procès équitable

Le contre-interrogatoire a une importance incontestable. Il remplit un rôle essentiel dans le processus qui permet de déterminer si un témoin est digne de foi. Même lorsqu'il vise le témoin le plus honnête qui soit, il peut permettre de

jauger la fragilité des témoignages. Il peut servir, par exemple, à montrer le handicap visuel ou auditif d'un témoin. Il peut permettre d'établir que les conditions météorologiques pertinentes ont pu limiter la capacité d'observation d'un témoin, ou que des médicaments pris par le témoin ont pu avoir un effet sur sa vision ou son ouïe. Son importance ne peut être mise en doute. C'est le moyen par excellence d'établir la vérité et de tester la véracité. Il faut autoriser le contre-interrogatoire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière. La possibilité de contre-interroger les témoins constitue un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Il s'agit d'un principe ancien et bien établi qui est lié de près à la présomption d'innocence. Voir les arrêts *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (C.A. Man.); *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (C.A. Man.); *Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163 (B.R. Qué.), et *R. c. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Ont.). L'importance du droit au contre-interrogatoire est bien soulignée par notre Cour dans les motifs rendus par le juge Ritchie dans l'arrêt *Titus c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 259, aux pp. 263 et 264. Il a alors écrit:

J'estime primordial de souligner le but pour lequel le contre-interrogatoire est permis: il faut que la défense puisse rechercher à fond les facteurs susceptibles de mettre à jour la fragilité de la preuve de la poursuite. L'accusé qui se trouve au banc des prisonniers dans un procès pour meurtre est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit prouvée hors de tout doute raisonnable; c'est là une des présomptions fondamentales inhérentes à la *common law*; c'est ce qui permet à l'accusé d'employer tous les moyens légitimes pour tester la preuve que présente la poursuite pour renverser cette présomption, et cela comprend, à mon avis, le droit d'examiner toutes les situations susceptibles d'indiquer qu'un des témoins de la poursuite a un motif de favoriser la poursuite.

Dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, la Cour a encore une fois souligné que le droit de contre-interroger constitue un principe de justice

fondamentale qui est essentiel à l'obtention d'un procès équitable pour l'accusé.

Dans cet arrêt, le droit de contre-interroger a été situé dans le contexte du droit de présenter une défense pleine et entière (à la p. 608, le juge McLachlin):

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite.

. . .

Bref, la dénégation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. La défense que la loi accorde d'une main, peut être retirée de l'autre main. Des contraintes de nature procédurale rendent possible la condamnation de personnes qui, selon les règles de droit pénal, sont innocentes.

Le contre-interrogatoire revêt un caractère encore plus important comme moyen de permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière lorsque la crédibilité est le point litigieux central du procès. C'est le sens de la conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, à la p. 144:

[TRADUCTION] Dans une affaire où la culpabilité ou l'innocence de l'[accusé] découlait en grande partie d'une question de crédibilité, ce fut une grave erreur que de priver l'[accusé] de son droit essentiel de contre-interroger complètement le principal témoin de la poursuite. Il ne serait pas approprié dans les circonstances d'invoquer ou d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)b)(iii).

Le même raisonnement a été adopté par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. c. Giffin* (1986), 69 A.R. 158, à la p. 159:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons [.] que les événements à propos desquels l'avocat a demandé de contre-interroger étaient pertinents en ce qui a trait à la question de la crédibilité du témoin. . . . On ne peut dire en l'espèce que l'accusé a eu l'occasion de présenter une défense pleine et entière quand on ne lui a pas permis de poser ces questions.

L'arrêt *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310 (C.A.), va dans le même sens; on y affirme, à la p. 311:

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire est un outil très puissant de la défense, particulièrement lorsque toute l'affaire repose sur la crédibilité des témoins. L'accusé dans un procès criminel a le droit de procéder à un contre-interrogatoire au sens le plus complet et le plus large du terme pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit. Toute limitation indue de ce droit constitue une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la condamnation.

On peut donc constater que le droit au contre-interrogatoire a toujours été considéré comme un élément d'importance fondamentale dans un procès criminel. Ce droit est maintenant protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Par conséquent, il devrait être interprété «dans le sens large et généreux que lui mérite son statut constitutionnel» (voir *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 544).

(2) Restrictions au droit de contre-interroger

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. Voir *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), aux pp. 969 et 975. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a fait le commentaire suivant sur la nécessité de

satisfaire à ces deux principes en matière de contre-interrogatoire, dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, à la p. 201:

Le principe de droit qui s'applique encore au Canada a été ainsi formulé par Thayer:

[TRADUCTION] (1) que rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait qui doit être prouvé; et (2) que tout ce qui constitue une telle preuve doit être admis, à moins qu'un motif de principe ou de droit n'entraîne manifestement son exclusion.

À cette déclaration générale doit être ajouté le pouvoir discrétionnaire qu'ont les juges d'exclure certains éléments de preuve logiquement pertinents:

[TRADUCTION] . . . à cause de leur trop faible importance ou en raison de leur lien excessivement conjectural et indirect; d'autres, à cause de leur effet dangereux sur le jury qui est susceptible d'en faire un mauvais usage ou d'en surestimer la valeur; d'autres encore parce qu'ils sont impolitiques ou hasardeux pour des raisons d'intérêt public; d'autres simplement par l'application d'un précédent [. . .] [C']est ce genre de chose -- le rejet, pour un motif quelconque d'ordre pratique, de ce qui a une véritable valeur probante -- qui caractérise le droit de la preuve et qui en fait le fruit du système de jurys. [Je souligne.]

La pertinence et la valeur probante doivent être déterminées dans le contexte du but visé par la preuve produite. L'élément de preuve qui est pertinent et probant à l'égard d'une question peut ne pas l'être à l'égard d'une autre. Dans le contexte des agressions sexuelles, on a apporté cette restriction au contre-interrogatoire pour éviter qu'il ne serve à des fins indues. Il ne peut être utilisé, par exemple, pour évoquer l'activité sexuelle antérieure d'une plaignante dans le but d'attaquer sa crédibilité. On a reconnu l'absence de fondement du mythe selon lequel, pour une raison ou une autre, la crédibilité de la plaignante serait compromise par des expériences sexuelles antérieures. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, l'interdiction, formulée à l'art. 277 du *Code criminel*, de faire porter le contre-interrogatoire sur les expériences sexuelles antérieures de la plaignante dans

le but d'attaquer sa crédibilité a été confirmée en ces termes par le juge McLachlin (aux pp. 612 et 613):

L'article 277 exclut la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante. L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que témoin. La preuve exclue en vertu de l'art. 277 ne peut donc avoir aucune fin légitime au procès. En limitant l'exclusion d'une preuve à une fin qui est clairement illégitime, l'art. 277 ne vise pas la preuve susceptible d'être présentée à des fins valides et ne viole donc pas le droit à un procès équitable.

Par contre, l'art. 276 du *Code criminel* a été déclaré inopérant parce qu'il permettait une interdiction générale de procéder au contre-interrogatoire du plaignant à l'égard de ses expériences sexuelles antérieures dans les cas d'agression sexuelle, peu importe l'objet visé par la production de la preuve. Notre Cour a conclu qu'on ne pouvait affirmer que cette preuve avait une valeur à ce point insignifiante que son effet préjudiciable doive toujours surpasser sa valeur probante (*Seaboyer*, précité, à la p. 613).

La question de l'admissibilité de la preuve dans des affaires d'agression sexuelle nécessite une pondération minutieuse. Il faut, d'une part, faire preuve d'attention et de délicatesse pour s'assurer que le contre-interrogatoire du plaignant porte directement sur des points pertinents et ne s'étende pas inutilement à des fins indues. Il faut toujours, d'autre part, protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Ce principe a été accepté dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, et il se traduit dans les nouvelles dispositions adoptées par le législateur pour remplacer l'ancien art. 276 (*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2, entrée en vigueur le 15 août 1992). Ces dispositions visent directement à

empêcher le recours au contre-interrogatoire et l'introduction d'éléments de preuve à des fins abusives. Le nouvel article dispose:

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

- a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;
- b) soit moins digne de foi.

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

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

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

- a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;
- b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;
- c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;
- d) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;
- e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

- f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;
- g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;
- h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce. [Je souligne.]

Les articles 276.1 à 276.3 portent sur la demande d'audition, l'exclusion du jury et du public, et l'interdiction de publication. Enfin, l'art. 276.4 porte:

276.4 Au procès, le juge doit donner des instructions au jury quant à l'utilisation que celui-ci peut faire ou non de la preuve admise en application de l'article 276.2.

Ces dispositions législatives reflètent le souci d'assurer une protection appropriée aux intérêts du plaignant victime d'agression sexuelle, qui ont été établis dans l'arrêt *Seaboyer*. Les motifs du juge McLachlin comme les nouvelles dispositions du *Code* 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. Il ne faut pas oublier que l'agression sexuelle est une infraction très différente des autres types de voies de fait. Il est vrai que, comme toutes les autres formes de voies de fait, elle est un acte de violence. Elle est toutefois plus qu'un simple acte de violence. Dans la grande majorité des cas, l'agression sexuelle est fondée sur le sexe de la victime. C'est un affront à la dignité humaine et un déni de toute notion de l'égalité des femmes.

La réalité de cette situation ressort clairement des statistiques qui démontrent que 99 pour 100 des contrevenants dans les affaires d'agression sexuelle sont des hommes, et que 90 pour 100 des victimes sont des femmes. Voir

L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre (avril 1992), à la p. 23. Nous avons vu que les droits de l'accusé à un procès équitable et au contre-interrogatoire sont protégés par la common law et garantis constitutionnellement par l'art. 7 et l'al. 11d). Toutefois, dans le contexte de l'agression sexuelle, les droits du plaignant ne peuvent être ignorés complètement. Même si elles ne sont pas déterminantes, les dispositions des art. 15 et 28 de la *Charte* qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes devraient être prises en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant. Il va de soi qu'on applique des limites raisonnables à un tel contre-interrogatoire. Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d'un système judiciaire insensible. Il faut toutefois maintenir un juste équilibre, de sorte que les limites imposées au contre-interrogatoire des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle ne nuisent pas au droit de l'accusé à un procès équitable.

Dans l'arrêt *Seaboyer*, on a souligné que le juge du procès est tenu de s'assurer que seuls les éléments probants sont admis et que la fin pour laquelle la preuve est admise est légitime. L'extrait suivant figure à la p. 634:

Il doit d'abord évaluer, avec la plus grande sensibilité, si la preuve présentée par la défense satisfait au critère exigeant un degré de pertinence qui l'emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l'admission de cette preuve. [...] 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. Les recherches à l'aveuglette qui ont malheureusement sévi dans le passé ne doivent plus être autorisées. Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour garantir que ni les procédures à huis clos ni le procès ne deviennent le théâtre de conduite humiliante ou abusive de la part des avocats de la défense.

. . . Il faut espérer que les juges, par exercice responsable et sensible de leur pouvoir discrétionnaire, réduiront ou élimineront les préoccupations qui ont donné naissance à des dispositions comme l'art. 276, tout en préservant le droit de l'accusé à un procès équitable.

Les motifs de l'arrêt *Seaboyer* montrent clairement qu'il ne convient pas d'obtenir d'un plaignant des éléments de preuve en vue de susciter des inférences quant au consentement ou à la crédibilité des victimes de viol sur la base de mythes sans fondement et de stéréotypes fantaisistes. Nombre de mythes sur le viol ont dans le passé indûment servi de cadre à l'examen des questions de preuve dans des affaires d'agression sexuelle. Faisaient partie de ce nombre les fausses notions suivantes: on ne peut violer une femme contre son gré; seules les «femmes de mauvaise réputation» sont violées; la personne qui n'a pas clairement une «bonne moralité» est plus susceptible d'avoir donné son consentement. (Voir C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), à la p. 175; L. L. Holmstrom et A. W. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), et *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada*, *op. cit.*, aux pp. 33 et 34.) Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, le juge McLachlin a souligné, à la p. 604, que ces mythes étaient maintenant disparus:

En effet, des preuves que la plaignante avait eu des relations sexuelles avec l'accusé et d'autres personnes étaient ordinairement présentées (et acceptées par les juges et les jurés) comme tendant à rendre plus probable le consentement de la plaignante et à diminuer généralement sa crédibilité. Ces inférences étaient fondées non pas sur des faits mais sur le mythe selon lequel il est plus probable qu'une femme de mœurs faciles consente à des rapports sexuels et qu'elle est, de toute façon, moins digne de foi. Ce mythe double est maintenant disparu.

Il pourrait être utile de résumer les principes qui ont été énoncés dans l'arrêt *Seaboyer* en ce qui a trait au contre-interrogatoire des plaignants. 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 sur le viol» afin de démontrer qu'il y a eu consentement ou d'attaquer la crédibilité aura toujours un effet préjudiciable qui dépassera sa valeur probante. Une telle preuve ne répond à aucun objectif légitime, et elle serait par conséquent inadmissible en ce qui a trait aux questions du consentement et de la crédibilité. Le contre-interrogatoire qui viserait à évoquer une telle preuve ne devrait pas être autorisé. Il appartient au juge du procès de prendre en considération toute la preuve présentée au voir-dire et de déterminer si le contre-interrogatoire proposé vise une fin légitime.

Dans chaque affaire, le juge du procès doit établir un équilibre délicat entre le droit fondamental de l'accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant, tout particulièrement lorsque la fin visée par le contre-interrogatoire est fondée sur des «mythes sur le viol». Pour faire en sorte que le procès soit équitable, il y a lieu de procéder à un voir-dire lorsque des questions litigieuses sont soulevées relativement au contre-interrogatoire du plaignant. Au cours du voir-dire, il faudra démontrer, au moyen d'arguments des avocats, d'affidavits ou de témoignages de vive voix, que le contre-interrogatoire demandé est approprié. 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 règle générale, il n'est ni nécessaire ni souhaitable que le procès d'une personne inculpée d'agression sexuelle donne l'occasion de faire le procès du mode de vie et de la réputation du plaignant. La

seule exception à cette règle s'applique dans les cas relativement rares où le plaignant fait preuve de manœuvre frauduleuse, de malveillance cruelle ou de mensonge visant à nuire.

(3) Application aux faits de l'espèce

Une centaine de pages de dossiers médicaux ont été déposées devant la cour afin de permettre de déterminer si la plaignante pouvait témoigner sous serment. L'avocat de l'appelant a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante à leur sujet, tout particulièrement au sujet de la note du 9 juillet 1987 dont il est fait mention dans le sommaire des motifs de la cour de première instance.

On a prétendu devant notre Cour qu'un contre-interrogatoire portant sur cet extrait aurait pu faire ressortir des éléments de preuve ayant un rapport avec la croyance de l'appelant au consentement de la plaignante.

Il faut se rappeler que le juge du procès a refusé d'autoriser le contre-interrogatoire parce qu'il estimait que l'utilisation des dossiers médicaux de la plaignante à quelque fin autre que celle de déterminer sa capacité de témoigner sous serment aurait constitué une violation de son droit à la vie privée. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur, mais qu'il n'y avait rien dans les dossiers médicaux qui lui permette de déduire les questions que l'avocat voulait poser au cours du procès s'il avait obtenu l'autorisation de les utiliser. La Cour d'appel a donc conclu qu'elle ne pouvait se prononcer de façon adéquate sur la décision relative au contre-interrogatoire.

Nul n'a fait valoir que les dossiers médicaux n'auraient pas dû être produits devant le tribunal. Toutes les parties ont convenu qu'ils étaient nécessaires pour que soit tranchée la question de la capacité de la plaignante à témoigner sous serment. Une fois les dossiers médicaux régulièrement admis, il était loisible à la défense de procéder au contre-interrogatoire dans les circonstances appropriées. Cela ne signifie pas que les dossiers médicaux ou psychiatriques des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle seront automatiquement admissibles. Leur admission en preuve doit être solidement fondée sur leur pertinence. Dans la plupart des cas, il devrait y avoir un rapport temporel suffisamment étroit entre les rapports médicaux et l'agression.

Il est vrai que 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. Toutefois, ce droit à la vie privée doit être évalué en regard de la nécessité d'assurer un procès équitable à l'accusé et d'éviter une erreur judiciaire. Une fois les rapports médicaux régulièrement admis, il aurait fallu, pour assurer un procès équitable, que le juge autorise à leur égard la tenue d'un contre-interrogatoire conforme aux lignes directrices déjà établies.

La fin visée par le contre-interrogatoire est un facteur déterminant de son opportunité. En l'espèce, l'avocat de la défense, dans les prétentions qu'il a présentées au juge du procès, a indiqué que le contre-interrogatoire porterait sur [TRADUCTION] «le genre de personne qu'est la plaignante». À première vue, cela semble constituer le type même de fin indue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits, et le jury devrait en être averti. En l'absence d'autre

précision sur l'objet visé, il semble que le juge du procès a eu raison de refuser d'autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire à cette fin.

Toutefois, indépendamment des prétentions avancées par l'avocat de la défense, il incombe au juge du procès de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés. Le juge du procès avait tous les dossiers médicaux devant lui. Il aurait dû autoriser le contre-interrogatoire à l'égard du rapport du 9 juillet, particulièrement pour déterminer s'il pouvait 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'appelant à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles.

Il existait donc des motifs réels pour que soit autorisée la tenue d'un contre-interrogatoire sur les rapports médicaux, en particulier sur la note du 9 juillet. Faute de contre-interrogatoire, il est impossible de savoir quelle preuve aurait pu être obtenue. Lorsqu'il s'est vu refuser le contre-interrogatoire, l'accusé a été privé de son droit à un procès équitable. Comme l'a affirmé le juge Wilson dans l'arrêt *Potvin*, précité, à la p. 543:

... c'est l'occasion de contre-interroger, et non le contre-interrogatoire lui-même, qui est cruciale si on veut traiter l'accusé de façon équitable.

Je répéterais pour mieux le souligner que le contre-interrogatoire d'un plaignant ne peut avoir lieu que pour des fins appropriées et que l'on peut fort bien en restreindre la portée. En l'espèce, on aurait dû autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire à l'égard des dossiers médicaux, mais cela ne signifie pas

pour autant qu'un tel contre-interrogatoire dévoilera nécessairement des éléments de preuve utiles à la position de l'appelant. Par exemple, les propos tenus par la plaignante devant son conseiller le 9 juillet pourraient fort bien refléter les sentiments malheureux et non fondés de culpabilité et de honte pour des actes et des événements survenus sans qu'elle soit fautive. Les sentiments de culpabilité, de honte et de perte d'estime de soi sont souvent le résultat de l'expérience traumatisante de l'agression sexuelle. S'ils étaient effectivement le fondement de sa déclaration à son conseiller, ils ne pourraient aucunement donner une vraisemblance au moyen de défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante qu'invoque l'appelant. Faute de contre-interrogatoire toutefois, il est impossible de savoir quel aurait pu en être le résultat.

En bref donc, il était essentiel de donner à l'accusé la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire au sujet du dossier médical pour faire en sorte qu'il bénéficie d'un procès équitable. En raison du refus de lui donner cette possibilité et de l'impossibilité de déterminer quel aurait pu en être le résultat, il est nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Toutefois, l'appelant conteste aussi la validité du par. 265(4) du *Code criminel*, et il faut trancher cette question.

B. *Le paragraphe 265(4) du Code criminel: erreur de fait et défense*

Le paragraphe 265(4) porte:

265. . .

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

La première prétention de l'appelant est que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en concluant que la preuve était insuffisante pour que soit soumise au jury la défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante. En l'absence de toute preuve qui pourrait être jugée admissible par suite d'un contre-interrogatoire portant sur les dossiers médicaux au cours d'un nouveau procès et eu égard à la seule preuve présentée au procès, il serait difficile de relever quelque erreur dans cette décision. En l'espèce, le témoignage de la plaignante affirmait catégoriquement qu'il n'y a eu aucun consentement et que rien de ce qu'elle a dit ou fait ne pouvait porter quelqu'un à croire qu'elle donnait son consentement aux actes de l'appelant. Celui-ci a déclaré pour sa part que la plaignante était en tout temps une participante enthousiaste et consentante, si ce n'est une participante particulièrement active, à tous ses actes. En pareil cas, rien ne semble justifier qu'on examine la défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante. Toutefois, comme il doit y avoir un nouveau procès pour permettre un contre-interrogatoire à l'égard des dossiers médicaux, conformément aux lignes directrices déjà énoncées, il ne serait pas indiqué

d'examiner ici cette question étant donné la possibilité que surgissent de nouveaux éléments de preuve.

La seconde proposition avancée par l'appelant porte que le par. 265(4) viole les droits que garantissent à l'accusé les al. 11d) (la présomption d'innocence) et 11f) (le droit à un procès avec jury).

(1) L'interprétation du par. 265(4)

Le paragraphe 265(4) du *Code criminel* s'applique à toutes les voies de fait et ne se limite pas aux agressions sexuelles. Il semble ne constituer qu'une codification du moyen de défense de l'erreur de fait reconnu par la common law. Voir les arrêts *Robertson*, précité, et *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la p. 730. À mon avis, cette disposition 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 revanche, s'il est possible qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées acquitte l'accusé à partir de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense, il doit être soumis au jury. C'est au juge du procès qu'il appartient de décider si la preuve est suffisante pour que la défense soit soumise à un jury puisqu'il s'agit d'une question strictement de droit. (Voir *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, et *Pappajohn*, précité.) Il faut donc suivre une procédure à deux étapes. En premier lieu, le juge du procès doit examiner toute la preuve et déterminer si elle est suffisante pour justifier que la défense soit soumise au jury. En second lieu, si la preuve satisfait à cette

exigence préliminaire, le juge du procès doit soumettre le moyen de défense au jury, qui l'évaluera et déterminera s'il soulève un doute raisonnable. Voir *Wigmore on Evidence, op. cit.*, aux pp. 968 et 969, et *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, à la p. 276. C'est, à mon avis, l'interprétation qui doit être donnée aux mots «preuve suffisante» qui figurent au par. 265(4).

Il est bien établi en droit que le juge du procès ne doit soumettre au jury que les moyens de défense qui disposent d'un fondement factuel. Un moyen de défense qui n'a pas de valeur probante ne doit pas être soumis au jury. Cette règle a une application qui ne se limite pas à la défense fondée sur la croyance erronée au consentement et elle existe depuis longtemps. Dans l'arrêt *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226, le juge Fauteux, au nom de la majorité, a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l'omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Parnerkar*, précité, on avait prétendu que la défense de provocation doit être présentée au jury s'il existe «quelque preuve» à son appui. Le juge en chef Fauteux, qui a écrit les motifs pour la majorité, a rejeté cet argument. Il a écrit, à la p. 454:

La tâche confiée au jury quant aux faits particuliers mentionnés au par. (3) de l'art. 203 ne diffère aucunement de la tâche qu'il a de déterminer toutes les autres questions de fait, que ces faits constituent des éléments d'un crime ou des éléments d'une excuse ou d'une justification à l'égard d'un crime imputé. En effet, et dans toutes causes, l'exercice valide de la fonction d'un jury consiste, selon les

termes mêmes du serment d'office que les jurés doivent prêter, à rendre un verdict fondé sur la preuve. Les jurés ne peuvent aller au-delà de la preuve ni faire des conjectures et, évidemment, il ne serait pas de bon droit pour le juge de première instance de les inviter à le faire. Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. *a*) et *b*) du par. (3) de l'art. 203, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de la décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

Il n'y a rien, soit d'après ou de nécessairement implicite, dans les termes de l'art. 203(3) qui manifeste une intention de la part du législateur de modifier le principe selon lequel la suffisance de la preuve, question qui se pose seulement lorsqu'il y a une preuve, est une question de fait laissée au jury et l'absence de preuve est une question de droit laissée au juge.

Dans l'arrêt *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, notre Cour a de nouveau examiné la question de la défense de provocation et des circonstances dans lesquelles elle peut être soumise à un jury. Le juge Spence a cité l'arrêt *Parnerkar*, précité, et conclu, aux pp. 21 et 22:

Comme je l'ai dit, c'est le devoir de cette Cour de décider si, compte tenu de ces circonstances, un jury raisonnable agissant de façon judiciaire pouvait conclure à une action injuste ou insulte suffisante pour priver une personne ordinaire du pouvoir de se maîtriser (art. 215(2)). Très respectueusement à l'égard de l'opinion exprimée par le juge Martin, je suis nettement d'avis qu'aucun jury agissant de façon judiciaire ne pouvait en venir à une telle conclusion.

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a établi, dans l'arrêt *Faid*, précité, la démarche à deux volets applicable à l'examen des moyens de défense, aux pp. 276 et 277:

La question de savoir si l'accusé a perdu la maîtrise de lui-même par suite d'une provocation est une question de fait à soumettre au jury. Lorsqu'un accusé témoigne qu'il a tué impulsivement dans un accès de

colère, c'est le jury qui doit décider de la crédibilité de ce témoignage. Il y a toutefois la question de droit préliminaire à trancher par le juge, savoir si on a produit des éléments de preuve sur lesquels un jury pourrait se fonder pour conclure que l'accusé a agi dans un accès de colère. C'est donc à la cour que revient la tâche de décider s'il existe des éléments de preuve, mais, sous cette réserve, sont des questions de fait à soumettre au jury le point de savoir (i) si l'action injuste ou l'insulte en question suffit à priver une personne ordinaire de la maîtrise de soi et (ii) si cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé de la maîtrise de lui-même . . .

Le juge Dickson a ajouté, à la p. 278:

En la présente espèce, la question est donc de savoir s'il existe une preuve quelconque susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de conclure que Faid a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue.

La question n'est pas de savoir s'il y a une preuve, mais plutôt de savoir s'il y a une preuve susceptible d'étayer la défense particulière invoquée par l'accusé. C'est ce qui ressort clairement de la façon dont notre Cour a examiné la preuve dans l'arrêt *Faid*, précité, à la p. 278:

Il ne fait pas de doute qu'un jury raisonnable agissant judiciairement pouvait conclure qu'un coup à la tête ou une attaque au couteau constitue une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère énoncés au par. 215(3). Il y a sans doute eu provocation en l'espèce, mais la réflexion ne s'arrête pas là. La question vitale à trancher ici est de savoir s'il existait une preuve indiquant que Faid a été provoqué. Existait-il des preuves d'un accès de colère ou de ce que Faid «a agi» sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid? Sur ce point nous n'avons que son témoignage et rien dans ce témoignage n'indique que les coups ou toute autre conduite de Wilson l'ont mis en rage ou l'ont rendu furieux ni qu'il a tué dans un accès de colère.

La preuve présentée devant le jury établissait l'existence d'actes qui constituaient de la provocation. Toutefois, cette preuve ne suffisait pas à étayer la

défense invoquée puisqu'il n'avait pas été établi que Faid avait été provoqué par ces actes. Le juge du procès n'aurait donc pas dû soumettre cette défense spécifique au jury.

Le même raisonnement s'applique à la défense fondée sur la nécessité dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616. Le juge en chef Laskin (dissident sur un autre point) a déclaré (à la p. 654):

Le juge du procès, lorsqu'il a donné des directives au jury sur la nécessité, n'a pu le faire qu'en étant d'avis qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait conclure que la défense avait été établie.

S'exprimant au nom de la majorité dans cet arrêt, le juge Pigeon a dit, à la p. 659:

Dans l'arrêt *Parnerkar c. la Reine*, (à la p. 454), M. le juge en chef Fauteux, parlant pour une majorité de la Cour, déclarait:

Alors, si le dossier est dépourvu de toute preuve susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de trouver une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère mentionnés aux al. *a*) et *b*) du par. (3) de l'art. 203, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de le décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

Ce raisonnement s'applique clairement à toute défense, puisqu'il est basé sur la définition fondamentale des fonctions propres d'un juge et d'un jury.

La même règle a été appliquée dans le contexte de la légitime défense.

Dans l'arrêt *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227, notre Cour a conclu que la défense doit être vraisemblable pour pouvoir être soumise au jury. Le juge

McIntyre, qui s'exprimait au nom de la majorité sur ce point, a déclaré (à la p. 235):

Un juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui découlent de la preuve. Il faut cependant des éléments de preuve suffisants pour appuyer la vraisemblance d'un moyen de défense avant que l'obligation de le soumettre prenne naissance.

Notre Cour a réaffirmé, dans l'arrêt *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, la nécessité de conclure à l'existence d'une preuve suffisante pour donner une vraisemblance avant qu'un moyen de défense ne soit soumis au jury. Au nom de la majorité, j'ai conclu que le verdict subsidiaire d'homicide involontaire coupable n'aurait pas dû être soumis au jury puisque, eu égard à la preuve présentée dans cette affaire, le «moyen de défense [...] n'avait aucune vraisemblance» (p. 506).

Toutes ces décisions reconnaissent la notion judicieuse selon laquelle le jury ne devrait être saisi que des moyens de défense qui découlent de la preuve produite. Les jurés ne devraient pas recevoir de directives sur des moyens de défense qui ne s'appliquent tout simplement pas à l'affaire qu'ils ont entendue. Les commentaires du juge Doherty en ce sens dans l'arrêt *R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621 (C.A.), à la p. 625, sont particulièrement pertinents.

Dans les affaires d'agression sexuelle, la question de la preuve suffisante a donné lieu à une certaine confusion. Pourtant, à mon avis, ces mots n'exigent rien d'autre que l'application des principes susmentionnés. Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, notre Cour a conclu que le moyen de défense de la croyance erronée au consentement ne devait être soumis au jury que si la preuve a une valeur probante adéquate. Le juge McIntyre, au nom de la majorité, a déclaré que le

moyen de défense doit avoir une «apparence de vraisemblance» avant d'être soumis au jury. Il a expliqué cette expression en ces termes, aux pp. 126 et 127:

Pour qu'une obligation naisse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et ce n'est que dans ce cas que le juge doit le soumettre.

Il a ensuite ajouté, à la p. 133:

Il me semble que si en l'espèce, on juge nécessaire de donner au jury des directives sur le moyen de défense d'erreur de fait, il faudra le faire dans tous les cas où la plaignante nie avoir consenti et où l'accusé affirme le contraire.

Dans l'arrêt *Bulmer*, précité, le juge McIntyre a eu de nouveau l'occasion d'examiner le moyen de défense d'erreur et le critère de la vraisemblance. Il a reformulé sa position antérieure en ces termes (aux pp. 789 et 790):

Il est bien établi en droit que dans son exposé au jury le juge du procès doit présenter tous les moyens de défense qui peuvent être soulevés d'après les éléments de preuve, qu'ils aient été plaidés par l'avocat de la défense ou non. Ainsi, il est obligé d'expliquer le droit concernant le moyen de défense et de signaler au jury l'élément de preuve qui peut être pertinent à cet égard. Toutefois, avant de présenter la défense, le juge du procès doit décider si, d'après les faits qui lui sont présentés, le moyen de défense découle des éléments de preuve. C'est seulement lorsqu'il rend une décision favorable sur cette question qu'il doit présenter la défense au jury, car le juge du procès n'est pas tenu de présenter tous les moyens de défense proposés par l'avocat en l'absence d'éléments de preuve à l'appui. En fait, il ne devrait pas le faire, car présenter un moyen de défense qui n'est absolument pas appuyé par un élément de preuve ne causerait que de la confusion.

Et le juge de poursuivre, à la p. 791:

Lorsque la défense d'erreur de fait, ou d'ailleurs tout autre moyen de défense, est soulevée, deux étapes distinctes doivent être franchies. La première étape exige que le juge du procès décide si le moyen de défense devrait être soumis au jury. C'est à l'égard de cette question, comme je l'ai déjà dit, que le critère de l'«apparence de vraisemblance» s'applique.

Dans un arrêt rendu en même temps (*Robertson*, précité), le juge Wilson, qui a rédigé les motifs pour la Cour, a aussi examiné le critère de la vraisemblance (à la p. 933):

Bien qu'il y ait eu des divergences d'opinions au sein de cette Cour quant à savoir si la connaissance qu'a l'accusé de l'absence de consentement doit être décrite comme un élément de l'infraction ou plutôt comme un moyen de défense d'erreur de fait, la Cour a été unanime sur un point, savoir 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.

Elle a ajouté, à la p. 938:

À mon avis, l'insertion du par. 244(4) [maintenant le par. 265(4)] dans le *Code* indique clairement que le juge du procès n'est pas obligé dans chaque cas de demander au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement. Le juge du procès ne doit donner une telle directive que dans la mesure où l'on a satisfait à certaines exigences préliminaires. Ces exigences concordent parfaitement avec la jurisprudence.

On peut voir que notre Cour a maintenu de façon constante que le moyen de défense d'erreur de fait dans un procès pour agression sexuelle ne sera soumis au jury que s'il satisfait à la même exigence préliminaire que celle qui s'applique à tous les moyens de défense. L'expression «vraisemblance» signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est

susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l'acquittement. Si la preuve satisfait à ce critère, la défense doit être soumise au jury. Il ne s'agit en fait que d'un exemple de la division fondamentale des tâches respectives du juge et du jury. C'est le juge qui doit d'abord déterminer si la preuve qu'on cherche à présenter est pertinente et admissible. De même, c'est le juge qui détermine si l'on a produit une preuve suffisante pour appuyer le moyen de défense. Si la preuve est suffisante, le jury doit avoir l'occasion d'examiner cette défense avec les autres éléments de preuve et les autres moyens de défense qui lui ont été présentés, avant de rendre son verdict. Voir l'arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 659, les motifs du juge Pigeon, et *Wigmore on Evidence, op. cit.*, à la p. 976.

En général, le système de jury fonctionne exceptionnellement bien. Son importance est confirmée par l'al. 11f) de la *Charte*. L'une des raisons qui expliquent pourquoi il fonctionne si bien a trait au fait que les juges du procès peuvent diriger l'attention des jurés sur les éléments essentiels de l'infraction et sur les moyens de défense applicables. Ce processus devrait être maintenu. L'exposé au jury doit porter sur les éléments essentiels du crime reproché à l'accusé et sur les moyens de défense qui peuvent être soulevés. Quant aux moyens de défense théoriques qui ne sont pas étayés, ils ne devraient pas être soumis au jury, car cela ne serait pas approprié et risquerait de créer de la confusion et de prolonger indûment les procès avec jury.

Pour arriver à une décision sur la question du caractère suffisant de la preuve relative à un moyen de défense, le juge du procès doit examiner toute la preuve et toutes les circonstances. Ce n'est que lorsque la totalité de la preuve

produite au procès a été prise en considération et examinée à la lumière de toutes les circonstances pertinentes que le juge du procès est en mesure de trancher. Voir les arrêts *Bulmer*, précité, aux pp. 790 et 791, et *Squire*, précité, à la p. 21.

Dans quelles circonstances faudrait-il examiner un moyen de défense fondé sur la croyance erronée au consentement? Selon le procureur général de l'Ontario, intervenant au présent pourvoi, cette défense ne peut être invoquée dans les situations où le témoignage de la plaignante et celui de l'appelant sont diamétralement opposés. Si, par exemple, l'accusé déclare qu'il y avait consentement empressé et que la plaignante nie qu'il y ait eu quelque consentement, le moyen de défense ne peut tout simplement pas être soulevé. Pour que le jury accepte la défense de la croyance erronée au consentement en de telles circonstances, il lui faudrait rejeter toute la preuve produite au cours du procès, y compris celle qui a été présentée à la fois par la plaignante (aucun consentement) et par l'accusé (consentement empressé). En fait, pour accueillir ce moyen de défense, le jury devrait conjecturer sur une troisième version des faits qui n'a pas été établie par la preuve et l'entériner. Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73 (C.A. Ont.), aux pp. 83 et 84.

Le juge McIntyre a fait allusion à ce point lorsqu'il a déclaré, aux pp. 133 et 134 de l'arrêt *Pappajohn*, précité:

Lorsque la plaignante prétend avoir été violée, et que l'accusé prétend qu'elle consentait, et lorsque l'ensemble de la preuve, y compris le témoignage de la plaignante, celui de l'accusé et les circonstances de l'affaire, soulève une question claire sur ce point, et lorsque comme en l'espèce, l'accusé ne fait aucune affirmation de croyance au consentement par opposition à un consentement véritable, il est irréaliste, en l'absence d'autres circonstances [...] de considérer que le

juge a l'obligation de soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait.

Cette question a aussi été examinée dans l'arrêt de la Chambre des lords *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182 (H.L.). Lord Cross y explique, à la p. 204:

[TRADUCTION] Ainsi, comme le juge l'a précisé au début de son résumé, la seule question litigieuse dans ce cas était de savoir si ce qui s'est passé dans la maison de Morgan ce soir-là est un viol collectif ou une orgie. Le jury a manifestement estimé que le témoignage des appellants quant au rôle joué par M^{me} Morgan était un tissu de mensonges et on peut supposer que n'importe quel autre jury adopterait la même opinion quant à la crédibilité relative des parties. On ne peut concevoir que le jury qui a estimé que les défendeurs n'ont jamais eu à l'esprit les motifs qu'ils invoquent pour établir l'existence d'une croyance au consentement, lesquels, s'ils avaient été sincères, auraient été très raisonnables, puisse du même souffle conclure que les intéressés peuvent avoir eu une croyance sincère au consentement fondée sur des motifs différents et déraisonnables.

Lord Hailsham a énoncé ce point de la façon suivante, à la p. 207:

[TRADUCTION] Le jury devait donc choisir entre deux versions totalement incompatibles et, à mon avis, il aurait amplement suffi que le juge, après avoir exposé adéquatement la question de la charge de la preuve, de la corroboration, des verdicts distincts et de l'admissibilité des dépositions contre leurs auteurs seulement, dise aux membres du jury qu'ils doivent en réalité choisir entre les deux versions, dont l'une faisait état d'un viol caractérisé et violent de nature particulièrement odieuse, et l'autre d'une participation active à une orgie, en se rappelant toujours qu'en cas de doute raisonnable sur la vraie version, ils doivent toujours en accorder le bénéfice aux défendeurs. Malgré les vaillantes tentatives de l'avocat pour établir une façon permettant de fragmenter les versions et de décrire une situation qui pourrait paraître acceptable à un jury raisonnable et dans laquelle, même si l'on a jugé que la victime n'avait pas consenti, les appellants, ensemble ou individuellement, pouvaient théoriquement, de façon raisonnable ou déraisonnable, avoir cru qu'elle consentait, je ne puis absolument pas concevoir de moyen terme. Les éléments qui pouvaient avoir soulevé le doute quant au consentement portent également sur la croyance, et vice versa.

Voir aussi l'arrêt *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.).

Je suis d'accord avec cette position. La défense d'erreur peut être invoquée lorsque l'accusé et le plaignant racontent essentiellement la même version tout en prétendant l'avoir interprétée différemment. De façon réaliste, elle ne peut être soulevée que lorsque les faits décrits par le plaignant correspondent de façon générale à ceux qui sont décrits par l'accusé, et que leur interprétation laisse entrevoir un état d'esprit différent, propre à chaque partie. Dans une situation où les témoignages sur l'existence d'un consentement sont directement contraires, la défense d'erreur quant au consentement 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 la question de savoir s'il y a eu consentement. L'absence de consentement est un élément essentiel de l'infraction. Dans les cas où il y a preuve contradictoire sur cette question, le juge du procès expose toujours aux jurés qu'ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable de l'absence de consentement.

Il y a lieu de souligner encore une fois que la défense de la croyance erronée au consentement n'est que rarement soulevée. Dans la grande majorité des cas, l'agression sexuelle ne survient ni par accident ni par erreur. Ce n'est tout simplement pas un crime qui se produit par erreur ou par accident. Comme l'a dit le juge Dickson, dissident, dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 155, ce n'est pas un crime qui est commis par incurie. En fait, il peut même être loisible au juge du procès de dire au jury qu'en temps normal il ne s'agit pas d'un crime qui peut être commis par accident.

(2) La charge de présentation en vertu du par. 265(4)

Il faut maintenant examiner la question de savoir quelle preuve doit être produite pour que le juge du procès soumette la défense d'erreur au jury. Cette question a entraîné une certaine confusion. Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 133, le juge McIntyre a dit:

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance. [Je souligne.]

Le juge McIntyre a clarifié sa position dans l'arrêt *Bulmer*, précité, à la p. 790:

Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense «d'erreur de fait», il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit soumis au jury. [Je souligne.]

Il s'agit maintenant de savoir si cela signifie que, pour que le moyen de défense soit présenté au jury, il doit y avoir une preuve de la croyance erronée au consentement qui provienne d'une autre source que de l'accusé. À mon avis, cette proposition n'est pas correcte. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante de l'accusé pour que ce moyen de défense soit soumis au jury. Toutefois, il ne suffit pas que l'accusé affirme simplement «je croyais qu'elle

consentait». 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. Dans les mots de lord Morris of Borth-y-Gest, il doit y avoir plus que [TRADUCTION] «l'expression creuse d'une formule d'excuse facile» (*Bratty*, précité, à la p. 417).

Pour que le moyen de défense soit soumis au jury, il faut satisfaire au même critère que celui qui s'applique à tous les autres moyens de défense. Tout comme une défense de provocation ne sera pas présentée au jury uniquement parce que l'accusé a prononcé les mots «j'ai été provoqué» (voir l'arrêt *Faid*, précité, à la p. 278), le seul fait que l'accusé affirme «je pensais qu'elle consentait» ne justifiera pas de soumettre au jury la défense de la croyance erronée au consentement. La preuve nécessaire peut provenir du seul témoignage détaillé de l'accusé sur cette question ou de son témoignage corroboré par celui d'autres sources. Par exemple, le témoignage du plaignant peut fournir les éléments de preuve nécessaires.

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 d'erreur 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'appelant. La prémissse de base élaborée par le juge Southin de la Cour d'appel est juste, à savoir que la croyance de l'auteur de l'enlèvement que sa victime consentait à une agression sexuelle à l'occasion de l'enlèvement n'a aucune vraisemblance. Toutefois, en l'espèce, il n'y a pas eu de déclaration antérieure ou distincte de culpabilité sous le chef de l'enlèvement. En fait, 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 d'erreur.

(3) La constitutionnalité du par. 265(4)

(i) *La présomption d'innocence: l'al. 11d*

Le principe fondamental qui est protégé par l'al. 11d) est la garantie du droit d'être présumé innocent, c'est-à-dire qu'un accusé ne doit pas être déclaré coupable lorsqu'il existe un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Toute loi qui impose à l'accusé une charge de persuasion en vertu de laquelle il serait tenu de prouver l'existence ou l'inexistence d'un fait essentiel à sa culpabilité porte atteinte au droit garanti par l'al. 11d). Comme je l'ai déjà mentionné, tous les moyens de défense contre des accusations pénales doivent satisfaire à l'exigence préliminaire de la preuve suffisante ou, en d'autres termes, au critère de vraisemblance, pour que le juge du procès les soumette au jury. J'estime que cela ne viole pas la présomption d'innocence.

Notre Cour a déjà eu l'occasion d'examiner la question de savoir si une telle exigence impose à l'accusé une inversion de la charge de la preuve qui serait inacceptable. Dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, par exemple, le juge Dickson a examiné ce point dans le contexte de la défense de nécessité (aux pp. 257 et 258):

Bien que la nécessité soit désignée comme un moyen de défense en ce sens que c'est l'accusé qui l'invoque, il incombe toujours à la poursuite de faire la preuve d'un acte volontaire. La poursuite doit prouver chacun des éléments du crime imputé. Un de ces éléments est

le caractère volontaire de l'acte. Normalement, le caractère volontaire peut se présumer, mais si l'accusé soumet à la cour, au moyen de ses propres témoins ou d'un contre-interrogatoire des témoins de la poursuite, des éléments de preuve suffisants pour soulever un doute que la situation engendrée par des forces extérieures était à ce point urgente que l'omission d'agir pouvait mettre en danger la vie ou la santé de quelqu'un et que, suivant une analyse raisonnable des faits, il était impossible d'observer la loi, alors la poursuite se doit d'écartier ce doute. Le fardeau de la preuve ne repose pas sur l'accusé.

Il a conclu, à la p. 259:

... si l'accusé fournit à la cour suffisamment d'éléments de preuve pour soulever la question, il incombe à la poursuite de contredire cette preuve hors de tout doute raisonnable.

La distinction entre la charge de la preuve à l'égard d'un infraction ou d'un élément de l'infraction et la charge de présentation est critique. Il faut se rappeler que l'accusé n'est tenu de s'acquitter que de la charge de présentation en soulevant la question de l'erreur, et qu'en fait, il n'a cette charge que si la poursuite n'a pas fourni suffisamment d'éléments à cet égard dans la présentation de sa preuve. Les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Robertson*, précité, à la p. 933, portent sur cette question:

De plus, je crois que la jurisprudence établit que, lorsqu'il y a une preuve suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe au ministère public de le persuader hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non. Pour reprendre les termes employés par Glanville Williams dans *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), aux pp. 871 à 910, la question de la croyance sincère mais erronée comporte une charge de la preuve en deux parties distinctes: la charge de présentation et la charge de persuasion. Il faut produire des éléments de preuve qui convainquent le juge qu'il y a lieu de soumettre la question au jury. Cette preuve peut être présentée par le ministère public ou par la défense. La charge de présentation n'incombe à l'accusé qu'en ce sens restreint que, si rien dans la preuve produite par le ministère public n'indique que l'accusé croyait

sincèrement au consentement de la plaignante, il appartiendra alors à ce dernier de produire la preuve requise s'il veut que le jury soit saisi de la question. Une fois celle-ci soumise au jury, le ministère public court le risque de ne pas être en mesure de convaincre le jury de la culpabilité de l'accusé.

Le juge McIntyre a lui aussi fait cette distinction fondamentale dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 127:

Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu'on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l'innocence d'un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu'on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n'a pas à rechercher seulement s'il existe ou non une preuve de fait. Présumant que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury.

Le paragraphe 265(4) ne crée pas une présomption d'origine législative. L'accusé qui désire invoquer le moyen de défense de croyance erronée ne doit s'acquitter que d'une charge de présentation tactique. Ce point a été souligné par le juge Wilson dans l'arrêt *Robertson*, précité, à la p. 936:

Il y a une charge de présentation qui incombe à l'accusé mais, (et c'est là, à mon avis, le point fondamental) si la preuve est suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe alors au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne croyait pas sincèrement au consentement. Le moyen de défense d'erreur, comme le juge Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Pappajohn*, est une simple négation de la *mens rea* qui ne fait peser sur l'accusé aucune charge de la preuve.

Le professeur Hogg abonde dans le même sens:

[TRADUCTION] . . . la présomption d'innocence ne serait pas violée par une disposition qui imposerait à l'accusé la charge de présenter une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à la présence ou à l'absence de certains faits qui constituent un élément de l'infraction, un facteur connexe, une excuse ou une défense. Une telle charge de présentation n'enfreint pas l'al. 11d) puisque l'accusé peut éviter d'être condamné simplement *en soulevant un doute raisonnable* dans l'esprit du juge des faits. [En italique dans l'original.]

(*Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), vol. 2, à la p. 48-15.)

Le paragraphe 265(4) laisse à la poursuite la charge de prouver tous les éléments essentiels de l'infraction. La poursuite doit prouver à la fois la *mens rea* et l'*actus reus* hors de tout doute raisonnable: c'est-à-dire que l'accusé a eu des rapports sexuels avec une femme qui n'y consentait pas, et qu'il avait l'intention d'avoir de tels rapports sans le consentement de la femme. Il est toujours loisible au jury, même en l'absence d'une défense d'erreur de fait quant au consentement, de conclure à l'existence d'un doute raisonnable à l'égard de la *mens rea* de l'accusé et d'acquitter ce dernier. La simple obligation d'établir une vraisemblance ne modifie pas la présomption d'innocence.

En conclusion donc, le critère préliminaire de la vraisemblance établi au par. 265(4) ne viole pas l'al. 11d). Même s'il 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.

(ii) *Le droit à un procès avec jury: l'al. 11f)*

L'alinéa 11f) confère à tout inculpé le droit de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale pour l'infraction est un emprisonnement de cinq ans ou plus.

En vertu d'un précepte fondamental du système de jury, le jury décide des questions de fait tandis que le juge tranche les questions de droit. La question de savoir s'il y a une preuve suffisante pour déterminer si un point en litige a été soulevé adéquatement est une question de droit, qui relève donc de la compétence du juge (*Bulmer*, précité, aux pp. 790, 791 et 796).

L'obligation de prouver que la défense de croyance erronée au consentement est vraisemblable, prévue au par. 265(4), est raisonnable et complètement valide. Elle ne constitue que la réaffirmation d'une partie intégrante du rôle du juge en matière de contrôle du procès avec jury. Le juge du procès doit trancher les questions de droit comme la pertinence et l'admissibilité de la preuve, et l'habileté et la contraignabilité des témoins. Dans ces domaines, on ne peut accuser le juge du procès d'usurper le rôle du jury ni de violer les droits de l'accusé. De même, il revient au juge de déterminer s'il y a une preuve suffisante pour que soit soulevé la défense de croyance erronée au consentement. Il y lieu de se rappeler que lorsqu'il est appelé à examiner la preuve visant à donner une vraisemblance, le juge du procès n'évalue pas la preuve, mais se contente de l'examiner afin de déterminer quels moyens de défense peuvent être soulevés. Voir l'arrêt *Guthrie*, précité, à la p. 84.

L'appelant a bénéficié d'un procès avec jury. Les seuls éléments du procès que le juge du procès a tranchés étaient des éléments qui appartenaient à son champ de compétence, à savoir les questions relatives au processus judiciaire et les questions de droit. Il n'y a donc eu aucune violation du droit de l'appelant à un procès avec jury.

(iii) *L'article premier*

Puisque j'ai conclu que le critère préliminaire de la vraisemblance énoncé au par. 265(4) ne viole ni l'al. 11d) ni l'al. 11f), il n'est pas nécessaire d'examiner l'article premier de la *Charte*.

IV. Dispositif

Il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès a commis une erreur en ne permettant pas le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux. Ce contre-interrogatoire devrait se dérouler dans le respect des présents motifs.

Les questions constitutionnelles devraient recevoir les réponses suivantes:

1. Si le paragraphe 265(4) du *Code criminel* impose un «critère de la vraisemblance» comme condition préliminaire à remplir avant de soumettre la question de la croyance erronée au jury, ce paragraphe limite-t-il le droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou le droit à un procès avec jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte*?

Non.

2. Si le paragraphe 265(4) limite les droits garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*, ou l'un ou l'autre de ces droits, s'agit-il d'une limite prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

//*Le juge Iacobucci*//

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI -- Je souscris aux motifs du juge Cory avec la même réserve que celle exprimée par le juge Sopinka, c'est-à-dire que tout en étant d'accord avec le juge Cory, je ne souhaite pas faire de commentaires au sujet de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié par la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2).

Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et McLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: McAlpine & Horod, Vancouver.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère
du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère
de la Justice, Ste-Foy.*