

George Pappajohn *Appellant*;

and

Her Majesty The Queen *Respondent*.

1979: October 22; 1980: May 20.

Present: Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre and Chouinard JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Rape — Defence of mistake of fact not put to the jury — Honest belief that consent to intercourse — Mens rea — Reasonable belief — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 143.

The appellant listed his house for sale with the real estate firm with which the complainant, a real estate saleswoman, was associated. After an appointment at a downtown restaurant for lunch to discuss the house sale, during which lunch a good deal of liquor was consumed by both parties, they went to the appellant's house, the one which was listed for sale. There, the complainant contended, she was raped over her protests and struggles, while the appellant claims he had an amorous interlude involving no more than a bit of coy objection on her part and several acts of intercourse with her consent. Whatever occurred in the house, the complainant eventually ran out of the house naked with a man's bow tie around her neck and her hands tightly tied behind her back with a bathrobe sash. She was in an upset state and exhibited great fear and emotional stress.

When the defence closed its case and before the trial judge commenced his charge, the jury was excluded while counsel for the appellant argued that the trial judge should put the defence of mistake of fact to the jury, *i.e.* that the judge tell the jury that if the appellant entertained an honest though mistaken belief that the complainant was consenting to the acts of intercourse as they occurred, the necessary *mens rea* would not be present, and the appellant would be entitled to an acquittal. The trial judge refused to accede to the request and the appellant was eventually convicted of the rape of the complainant. The conviction was affirmed in the Court of Appeal with one dissent, upon the fact that the trial judge failed to put to the jury the defence of mistake of fact, the majority adopting the view that the issue emerging from the evidence was a simple one of consent or no consent.

George Pappajohn *Appellant*;

et

Sa Majesté La Reine *Intimée*.

1979: 22 octobre; 1980: 20 mai.

Présents: Les juges Martland, Pigeon, Dickson, Beetz, Estey, McIntyre et Chouinard.

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

Droit criminel — Viol — Défense d'erreur de fait non soumise au jury — Croyance sincère qu'il y a eu consentement aux rapports sexuels — Mens rea — Croyance raisonnable — Code criminel, S.R.C. 1970, c. C-34, art. 143.

L'appelant avait confié la vente de sa maison à la société immobilière qui employait la plaignante, un agent immobilier. Les deux parties se sont rencontrées dans un restaurant du centre-ville pour le déjeuner afin de discuter de la vente de la maison; durant le déjeuner, une quantité considérable de boissons alcooliques a été consommée et après ils se sont rendus à la maison de l'appelant, celle mise en vente. La plaignante prétend alors avoir été violée malgré ses protestations et sa résistance, tandis que l'appelant parle d'un épisode galant avec rien de plus qu'un peu de résistance timide de la part de la plaignante et de plusieurs rapports sexuels avec son consentement. Quoi qu'il se soit passé dans la maison, la plaignante en est sortie en courant, nue et avec un noeud papillon autour du cou, les mains étroitement attachées dans le dos avec une ceinture de robe de chambre. Elle était bouleversée, terrorisée et très nerveuse.

Après que la défense eut clos sa preuve et avant que le juge du procès ne commence son exposé, le jury a été exclu pendant que l'avocat de l'appelant a fait valoir que le juge devait soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait, c'est-à-dire que le juge dise au jury que si l'appelant croyait sincèrement mais erronément que la plaignante consentait aux rapports sexuels qui ont eu lieu, il n'avait pas la *mens rea* nécessaire et avait droit à un acquittement. Le juge du procès a refusé d'accéder à la requête et l'appelant a finalement été déclaré coupable du viol de la plaignante. La Cour d'appel confirme la déclaration de culpabilité: un juge est dissident, du fait que le juge du procès a omis de soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait et la majorité est d'avis que la question qui ressort de la preuve est simplement celle du consentement ou d'absence de consentement.

Held (Dickson and Estey JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Martland, Pigeon, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ.: It is well established that the trial judge must put before the jury any defences which may be open to the accused upon the evidence whether raised by the accused's counsel or not. This, however, does not mean that the trial judge becomes bound to put every defence suggested to him by counsel. There must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and the judge must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. The test to be applied is that there must be in the record some evidence which would convey a sense of reality in the submission. In this case, to convey such a sense of reality, there must be some evidence which if believed would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse. Here, the complainant's version excludes consent and any possible mistaken belief in consent, while the appellant's version speaks of actual consent and no suggestion of any mistaken belief could arise, and in this situation the only realistic issue which can arise is the simple issue of consent or no consent. To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, the evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

Per Martland J.: If a case arises which raises the issue as to whether, on a charge of rape, an accused person who seeks to rely upon a defence of mistake of fact must, in order to succeed, establish that his mistake was reasonable as well as honest, it is open to this Court to determine that issue, and it is not precluded from so doing by the judgment in *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531.

Per Dickson and Estey JJ., *dissenting*: The point in this appeal is whether the trial judge erred in failing to put before the jury a defence of mistaken belief in consent, such failure being a non-direction amounting to misdirection.

With respect to the *mens rea*: The *mens rea* which is required, and its nature and extent, will vary with the particular crime: it can only be determined by detailed examination of the *actus reus* of the offence. In a case of alleged rape, where a fact or circumstance is not known to, or is misapprehended by, the accused, leading to a mistaken but honest belief in the consent of the woman,

Arrêt (les juges Dickson et Estey, dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges Martland, Pigeon, Beetz, McIntyre et Chouinard: Il est bien établi que le juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut faire valoir étant donné la preuve, que son avocat les ait soulevés ou non. Cela ne signifie pas cependant que le juge est obligé de soumettre tous les moyens de défense mis de l'avant par l'avocat. La preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et le juge doit présumer que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie et examiner si elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury. Le critère à appliquer est que l'on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l'argument vraisemblable. En l'espèce, pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. Ici, la version de la plaignante exclut le consentement et toute possibilité d'une croyance erronée au consentement tandis que dans la version de l'appelant, il est question de véritable consentement et il n'y a rien qui puisse donner naissance à une croyance erronée; dans cette situation, la seule question réaliste qui peut se poser est la simple question du consentement ou de l'absence de consentement. Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance.

Le juge Martland: S'il se trouve une affaire où, sur une accusation de viol, un accusé plaide l'erreur de fait en défense, la question de savoir si, pour réussir, il doit établir que son erreur se fondait sur des motifs raisonnables et qu'elle était sincère, pourra être tranchée par cette Cour qui n'en est pas empêchée par l'arrêt *Beaver c. La Reine*, [1957] R.C.S. 531.

Les juges Dickson et Estey, *dissidents*: La question posée dans ce pourvoi est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en omettant d'exposer au jury le moyen de défense de croyance erronée au consentement, ce qui constituerait une absence de directive équivalant à une directive erronée.

Quant à la *mens rea*: La nature et l'étendue de la *mens rea* requise varient selon le crime: seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de l'infraction permet de la déterminer. Dans le cas d'une accusation de viol, lorsqu'un fait ou une circonstance est inconnu de l'accusé ou mal perçu par lui, ce qui l'amène à croire erronément mais sincèrement au consentement de la femme, son

his act is not culpable in relation to that element of the offence. The *actus reus* of rape is complete upon (a) an act of sexual intercourse; (b) without consent. An affirmative finding as to each of these elements does not finish the inquiry, however, for the requirement that there be a guilty intention must also be satisfied. The great weight of authority is in support of the view that the accused's perception of the woman's consent is an important aspect of any prosecution for the crime of rape. Intention or recklessness must be proved in relation to all elements of the offence, including absence of consent.

With respect to the defence of mistake of fact: An honest and reasonable mistake of fact is on the same footing as the absence of a reasoning faculty, as with infants, or impairment of the faculty, as in lunacy. Culpability rests upon commission of the offence with knowledge of the facts and circumstances comprising the crime. If the accused's act would be innocent, according to facts as he believed them to be, he does not have the criminal mind and ought not be punished for his act. Mistake is a defence where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. Whether the mistake is rooted in an accused's mistaken perception, or is based upon objective, but incorrect, facts confided to him by another, should be of no consequence.

With respect to whether a defence of honest, though mistaken, belief in consent must be based on reasonable grounds: The mind with which the jury is concerned is that of the accused, not that of a reasonable man. By importing a standard external to the accused, there is created an incompatible mix of subjective and objective factors. If an honest lack of knowledge is shown, then the subjective element of the offence is not shown. To apply the reasonable standard in this appeal, the Court would defy accepted and sound principles of criminal law.

With respect to the Plea and the Evidence: It is not necessary that an accused specifically plead mistake. If there was "some" evidence to "convey a sense of reality" to a defence of mistake as to consent, then the jury ought to have been instructed to consider that plea. Here, even on the complainant's version there is much common ground with the appellant's version which supports his defence of belief in consent, and there is also circumstantial evidence supportive of a plea of belief in consent.

acte n'est pas coupable à l'égard de cet élément de l'infraction. L'*actus reus* du viol est complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels; b) sans consentement. Conclure à la présence de chacun de ces éléments ne met cependant pas fin à l'enquête, parce qu'il faut aussi qu'il y ait une intention coupable. La jurisprudence penche lourdement en faveur de l'opinion que la perception qu'a l'accusé du consentement de la femme est un élément important de toute poursuite pour viol. Il faut établir l'intention ou l'insouciance à l'égard de tous les éléments de l'infraction, y compris l'absence de consentement.

Quant au moyen de défense d'erreur de fait: Une erreur de fait de bonne foi et fondée sur des motifs raisonnables est comparable à l'absence de faculté de raisonnement, dans le cas des jeunes enfants, ou à son affaiblissement, dans les cas de démence. La culpabilité repose sur la perpétration de l'infraction en connaissance des faits et circonstances qui constituent l'acte criminel. Si, l'acte de l'accusé est licite compte tenu des faits qu'il croyait exister, il n'a pas la volonté criminelle et ne devrait pas être puni. L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Que l'erreur prenne sa source dans la perception erronée de l'accusé, ou se fonde sur des faits objectifs mais inexacts qu'un tiers lui a confiés, ne devrait pas avoir d'incidence.

Quant à la question de savoir si croire de bonne foi, bien qu'erronément au consentement est un moyen de défense qui doit se fonder sur des motifs raisonnables: C'est l'esprit de l'accusé que le jury doit sonder non celui d'un homme raisonnable. L'introduction d'une norme extérieure à l'accusé crée un mélange incompatible de facteurs objectifs et subjectifs. Si l'on démontre une ignorance de bonne foi, l'élément subjectif de l'infraction n'est pas démontré. Pour appliquer à ce pourvoi le critère du caractère raisonnable, la Cour aurait à braver des principes reconnus et fondés du droit criminel.

Quant au plaidoyer et à la preuve: Il n'est pas nécessaire qu'un accusé plaide spécifiquement l'erreur. S'il y avait une «certaine» preuve «tendant à rendre vraisemblable» un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. Ici la version de la plaignante a beaucoup en commun avec celle de l'appelant à l'appui du moyen de défense de croyance au consentement qu'il invoque et il y a une preuve indirecte qui appuie le plaidoyer de défense de croyance au consentement.

[*Director of Public Prosecutions v. Morgan et al.*, [1975] 2 All E.R. 347, [1976] A.C. 182; *R. v. Plummer and Brown* (1976), 24 C.C.C. (2d) 497; *Beaver v. The Queen*, [1957] S.C.R. 531; *Wu v. The King*, [1934] S.C.R. 609; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *R. v. Workman and Huculak*, [1963] S.C.R. 266, referred to.]

APPEAL from a judgment of the Court of Appeal for British Columbia¹, dismissing, by a majority, an appeal by the appellant from his conviction of rape. Appeal dismissed, Dickson and Estey JJ. dissenting.

Douglas McK. Brown, Q.C., for the appellant.

John Hall, for the respondent.

The judgment of Martland, Pigeon, Beetz, McIntyre and Chouinard JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant appeals his rape conviction, which was affirmed in the Court of Appeal for British Columbia with one dissent, upon the ground that the trial judge failed to put to the jury the defence of mistake of fact. That ground is expressed in the appellant's factum in these words:

Did the learned trial judge err in failing to instruct the jury on the question of honest belief by the accused that the Complainant consented to intercourse and thus on the facts of this case, failed to put properly before the jury a defence, such failure being a non-direction amounting to mis-direction?

A consideration of the facts of the case is vital to a resolution of the problem it poses. The complainant was a real estate saleswoman employed by a well-known and well-established real estate firm in Vancouver. She was successful in her work. The appellant is a businessman who was anxious to sell his home in Vancouver and he had listed it for sale with the real estate firm with which the complainant was associated. She was to be responsible for the matter on her firm's behalf. On August 4, 1976, at about 1:00 p.m., she met the appellant by

¹ (1978), 5 C.R. (3d) 193, 45 C.C.C. (2d) 67, [1979] 1 W.W.R. 562.

[Jurisprudence: *Director of Public Prosecutions v. Morgan et autre*, [1975] 2 All E.R. 347, [1976] A.C. 182; *R. v. Plummer and Brown* (1976), 24 C.C.C. (2d) 497; *Beaver c. La Reine*, [1957] R.C.S. 531; *Wu c. Le Roi*, [1934] R.C.S. 609; *Kelsey c. La Reine*, [1953] 1 R.C.S. 220; *R. v. Workman et Huculak*, [1963] R.C.S. 266.]

POURVOI à l'encontre d'un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique¹, qui a rejeté à la majorité, un appel interjeté par l'appelant de sa déclaration de culpabilité pour viol. Pourvoi rejeté, les juges Dickson et Estey étant dissidents.

Douglas McK. Brown, c.r., pour l'appelant.

John Hall, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges Martland, Pigeon, Beetz, McIntyre et Chouinard rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelant interjette appel de sa déclaration de culpabilité pour viol, que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmée, un juge étant dissident. Il plaide que le juge du procès a omis de soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait. Ce moyen est exprimé en ces termes dans le factum de l'appelant:

[TRADUCTION] Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de donner au jury des directives sur la question de la croyance de bonne foi de l'appelant que la plaignante consentait aux rapports sexuels et, par conséquent, compte tenu des faits de l'affaire, a omis de soumettre au jury un moyen de défense qui aurait dû l'être, ce qui constitue une absence de directive équivalente à une directive erronée?

Il est essentiel d'examiner les faits de l'affaire pour résoudre le problème qu'elle pose. La plaignante est un agent immobilier au service d'une société immobilière bien connue et solidement établie à Vancouver. Elle réussissait bien. L'appelant est un homme d'affaires qui désirait vendre sa maison à Vancouver et il en avait confié la vente à la société immobilière qui employait la plaignante. Celle-ci devait se charger de l'affaire pour le compte de son employeur. Le 4 août 1976, vers 13 h, elle a rencontré l'appelant comme convenu

¹ (1978), 5 C.R. (3d) 193, 45 C.C.C. (2d) 67, [1979] 1 W.W.R. 562.

appointment at a downtown restaurant for lunch. The purpose of the meeting was to discuss the house sale. The lunch lasted until about 4:00 or 4:30 p.m. During this time, a good deal of liquor was consumed by both parties. The occasion became convivial, the proprietor of the restaurant and his wife joined the party, and estimates of the amount of alcohol consumed varied in retrospect, as one would expect. It does seem clear, however, that while each of the parties concerned had a substantial amount to drink, each seemed capable of functioning normally.

At about 4:00 p.m., or shortly thereafter, they left the restaurant. The appellant drove the complainant's car while she sat in the front passenger seat. They went to the appellant's house, the one which was listed for sale, to further consider questions arising in that connection. Up to the time of arrival at the home, at about 4:30 or 5:00 p.m., there is no significant variation in their account of events. From the moment of arrival, however, there is a complete divergence. She related a story of rape completely against her will and over her protests and struggles. He spoke of an amorous interlude involving no more than a bit of coy objection on her part and several acts of intercourse with her consent. Whatever occurred in the house, there is no doubt that at about 7:30 p.m. the complainant ran out of the house naked with a man's bow tie around her neck and her hands tightly tied behind her back with a bathrobe sash. She arrived at the door of a house nearby and demanded entry and protection. The occupant of the house, a priest, admitted her. She was in an upset state and exhibited great fear and emotional stress. The police were called and these proceedings followed. More detailed reference to the facts will be made later.

When the defence closed its case and before the trial judge commenced his charge, the jury was excluded while counsel for the appellant argued that on the facts of the case as it appeared from the evidence, the trial judge should put the defence of mistake of fact to the jury. He contended that the appellant was entitled to have the judge tell the jury that if the appellant entertained an honest

dans un restaurant du centre-ville pour le déjeuner. La rencontre avait pour objet de discuter de la vente de la maison. Le déjeuner a duré jusqu'à 16 h ou 16 h 30. Pendant ce temps, les deux parties ont consommé une quantité considérable de boissons alcooliques. L'atmosphère est devenue joyeuse, le propriétaire du restaurant et son épouse se sont joints à eux et, comme on peut s'y attendre, les estimations en rétrospective de la quantité d'alcool consommée varient. Il paraît clair cependant, que bien que chaque partie en cause ait bu considérablement, l'une et l'autre paraissaient en mesure de se comporter normalement.

Ils ont quitté le restaurant vers 16 h, ou peu après. L'appellant a pris le volant de la voiture de la plaignante qui s'est assise sur le siège du passager avant. Ils se sont rendus à la maison de l'appellant, celle mise en vente, pour examiner plus à fond les questions y afférentes. Leurs versions de ce qui s'est passé jusqu'à leur arrivée à la maison, vers 16 h 30 ou 17 h, ne diffèrent pas de façon importante. A partir de l'arrivée cependant, il y a une complète divergence. Elle a raconté un viol commis entièrement contre sa volonté et malgré ses protestations et sa résistance. Il a parlé d'un épisode galant avec rien de plus qu'un peu de résistance timide de la part de la plaignante et de plusieurs rapports sexuels avec son consentement. Quoi qu'il se soit passé dans la maison, il ne fait pas de doute que vers 19 h 30 la plaignante est sortie en courant de la maison, nue et avec un nœud papillon autour du cou, les mains étroitement attachées dans le dos avec une ceinture de robe de chambre. Elle s'est rendue à la porte d'une maison voisine et a demandé secours. L'occupant de cette maison, un prêtre, l'a fait entrer. Elle était bouleversée, terrorisée et très nerveuse. On a appelé la police et les présentes procédures en ont résulté. Je reviendrai aux faits plus en détail plus loin.

Après que la défense eut clos sa preuve et avant que le juge du procès ne commence son exposé, le jury a été exclu pendant que l'avocat de l'appellant a fait valoir que compte tenu des faits de l'affaire révélés par la preuve, le juge devait soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait. Il a soutenu que l'appellant avait droit à ce que le juge dise au jury que si l'appellant croyait sincèrement

though mistaken belief that the complainant was consenting to the acts of intercourse as they occurred, the necessary *mens rea* would not be present, and the appellant would be entitled to an acquittal. Reliance for this proposition was placed upon *Director of Public Prosecutions v. Morgan*² and *R. v. Plummer and Brown*³. The trial judge refused to accede to defence counsel's request and in disposing of the motion had this to say:

THE COURT: In this case the complainant has testified that the accused had intercourse with her during a three-hour period some five times without her consent. The accused has testified that the acts of intercourse that he had with the complainant were all with her consent and that the only resistance to his amorous advances was of a token variety, and that orally along lines of: "Oh George, what are you doing?"

There are many conflicts in the evidence during the critical period of time when the acts of sexual intercourse took place, and the jury will have to be directed to accept either the complainant's or the accused's version of the facts.

The essence of the case as I see it is essentially has the Crown negated the complainant's consent?

Later, he said, after referring to the *Morgan* case and the case of *Plummer and Brown*:

Although the concept of *mens rea* underlies all criminal prosecutions I know of no obligation to instruct a jury in connection with this concept. I acknowledge and am in agreement with counsel's statements that in appropriate circumstances defences arise in favour of accused persons, even where no intent is apparent from the statute creating an offence, and these defences at a minimum are accident and mistake of fact. Although the reasoning in *Director of Public Prosecutions v. Morgan* may have limited application to Canadian Criminal Law, I am wholly in accord with the attempt made by the learned Trial Judge in placing before the jury in that case what I conceive to be an alternative defence, namely, a mistaken view of the facts. That defence was justified in that case because three of the four accused persons pledged their oaths to the assertion that the victim's husband, also a co-accused, had told them before attending at the victim's residence that his wife was prone to put on a show of struggling but that this would only be a charade stimulating her sexual excitement.

mais erronément que la plaignante consentait aux rapports sexuels qui ont eu lieu, il n'avait pas la *mens rea* nécessaire et avait droit à un acquittement. Il a fondé cette proposition sur les arrêts *Director of Public Prosecutions v. Morgan*² et *R. v. Plummer and Brown*³. Le juge du procès a refusé d'accéder à la requête de l'avocat de la défense et en a disposé en ces termes:

[TRADUCTION] LA COUR: En l'espèce, la plaignante a témoigné que l'accusé a eu, pendant une période de trois heures, des rapports sexuels quelque cinq fois sans son consentement. L'accusé a témoigné que la plaignante a consenti à tous les rapports sexuels qu'il a eus avec elle et que sa seule résistance à ses avances amoureuses était du genre symbolique et verbal, du style «Oh! George, que faites-vous?»

La preuve est contradictoire à maints égards en ce qui concerne la période critique pendant laquelle les rapports ont eu lieu, et il faudra dire au jury d'accepter soit la version des faits de la plaignante, soit celle de l'accusé.

A mon avis, la question essentielle dans cette affaire est celle de savoir si le ministère public a établi l'absence de consentement de la plaignante.

Plus tard, après avoir fait référence aux arrêts *Morgan* et *Plummer and Brown*, il a dit:

[TRADUCTION] Bien que la notion de *mens rea* soit sous-jacente à toutes les poursuites criminelles, il n'y a aucune obligation de donner des directives sur cette notion au jury. Je suis d'accord avec ce qu'a dit l'avocat que, dans des circonstances appropriées, les accusés bénéficient de moyens de défense, même lorsqu'aucune intention ne ressort de la loi créant l'infraction, et qu'au minimum, ces moyens de défense sont l'accident et l'erreur de fait. Bien que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Morgan* puisse avoir une application limitée en droit criminel canadien, je suis entièrement d'accord avec la tentative du juge du procès dans cette affaire-là de soumettre au jury ce que je conçois comme un moyen de défense subsidiaire, savoir, une perception erronée des faits. Ce moyen de défense y était justifié puisque trois des quatre accusés ont affirmé sous serment que le mari de la victime, lui-même coaccusé, leur avait dit avant de se rendre chez la victime que sa femme était encline à feindre de résister mais que ce n'était qu'une comédie pour stimuler son excitation sexuelle.

² [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.), [1976] A.C. 182.

³ (1976), 24 C.C.C. (2d) 497.

² [1975] 2 All E.R. 347 (H.L.), [1976] A.C. 182.

³ (1976), 24 C.C.C. (2d) 497.

In answer to my questions during argument defence counsel has suggested that acts of familiarity prior to the time of intercourse, independently testified to by disinterested persons, and the accused's evidence where he alluded to only oral and token resistance to his advances, constituted evidence upon which I could conclude that the defence of mistake of fact should be left to the jury.

In addition to that evidence, I have reviewed the evidence of the accused and I regret to say, notwithstanding the forceful submission of defence counsel, I do not recognize in the evidence any sufficient basis of fact to leave the defence of mistake of fact to this jury.

In the Court of Appeal, this ruling found support in the majority judgment of Farris C.J.B.C. with whom Craig J.A. agreed. The majority adopted the view that the issue emerging from the evidence was a simple one of consent or no consent. In a dissenting judgment, Lambert J.A. was of the opinion that there was sufficient evidence to put the defence to the jury. He would have directed the jury that the accused was entitled to an acquittal if the jury found that he entertained an honest and reasonably held mistaken belief in the existence of consent. This is a view which I cannot share in view of the pronouncement in this Court in *Beaver v. The Queen*⁴, at p. 538.

It is well established that it is the duty of a trial judge in giving directions to a jury to draw to their attention and to put before them fairly and completely the theory of the defence. In performing this task, it is also clear that the trial judge must put before the jury any defences which may be open to the accused upon the evidence whether raised by the accused's counsel or not. He must give all necessary instructions on the law relating to such defences, review the relevant evidence and relate it to the law applicable. This, however, does not mean that the trial judge becomes bound to put every defence suggested to him by counsel. Before any obligation arises to put defences, there must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and it is only where such an evidentiary basis is present that a trial judge must

En réponse à mes questions pendant sa plaidoirie, l'avocat de la défense a laissé entendre que les actes de familiarité antérieurs aux rapports sexuels, corroborés par des personnes désintéressées, et le témoignage de l'accusé, dans lequel il n'a fait allusion qu'à une résistance verbale et symbolique à ses avances, constituaient des éléments de preuve me permettant de conclure que le moyen de défense d'erreur de fait devait être soumis au jury.

En plus de cette preuve, j'ai réexaminé le témoignage de l'accusé et je regrette de dire que, nonobstant la plaidoirie vigoureuse de l'avocat de la défense, je ne trouve pas dans la preuve de base factuelle suffisante pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait.

En Cour d'appel de la Colombie-Britannique, l'opinion de la majorité, exposée par le juge en chef Farris avec qui le juge Craig est d'accord, confirme cette décision. La majorité est d'avis que la question qui ressort de la preuve est simplement celle du consentement ou d'absence de consentement. Dans une opinion dissidente, le juge Lambert s'est dit d'avis qu'il y avait une preuve suffisante pour que le moyen de défense soit soumis au jury. Il aurait dit au jury que s'il concluait que, bien qu'erronément, l'accusé croyait sincèrement et pour des motifs raisonnables à l'existence du consentement, celui-ci avait le droit d'être acquitté. C'est une opinion que je ne peux partager vu la déclaration de cette Cour dans l'arrêt *Beaver c. La Reine*⁴, à la p. 538.

Il est bien établi que dans ses directives, le juge du procès a l'obligation d'attirer l'attention du jury sur la thèse de la défense et de la lui soumettre équitablement et en entier. Dans l'accomplissement de cette tâche, il est clair aussi que le juge doit soumettre au jury tous les moyens de défense que l'accusé peut faire valoir étant donné la preuve, que son avocat les ait soulevés ou non. Il doit lui donner toutes les directives nécessaires sur le droit relatif à ces moyens de défense, résumer la preuve pertinente et la relier au droit applicable. Cela ne signifie pas cependant que le juge est obligé de soumettre tous les moyens de défense mis de l'avant par l'avocat. 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

⁴ [1957] S.C.R. 531.

⁴ [1957] R.C.S. 531.

put a defence. Indeed, where it is not present he should not put a defence for to do so would only be to confuse.

What is the standard which the judge must apply in considering this question? Ordinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it. Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence. This question has been considered frequently in the courts: See *Wu v. The King*⁵ and *Kelsey v. The Queen*⁶. The test to be applied has, in my opinion, been set down by Fauteux J., as he then was, in *Kelsey v. The Queen*.

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance.

In addition, I would refer to the words of Judson J., speaking for the majority, in *R. v. Workman and Huculak*⁷ where he said:

... I can see no possible ground for any instruction that, on any view of the evidence Huculak could be an accessory after the fact and not a principal. Before this could be done, there must be found in the record some evidence which would convey a sense of reality in the submission (*Kelsey v. The Queen*, 105 C.C.C. 97 at p. 102, [1953] 1 S.C.R. 220 at p. 226, 16 C.R. 119 at p. 125). Failure of counsel to raise the matter does not relieve the trial judge of his duty to place a possible defence before the jury but there must be something beyond fantasy to suggest the existence of the duty.

soumettre. Qui plus est, si pareils éléments n'existent pas, il ne devrait pas soumettre le moyen de défense, car cela ne pourrait que semer la confusion.

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. Présupposant 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. Les tribunaux se sont fréquemment penchés sur cette question: Voir *Wu c. Le Roi*⁵ et *Kelsey c. La Reine*⁶. Le critère à appliquer, à mon avis, est celui formulé par le juge Fauteux, alors juge puîné, dans l'arrêt *Kelsey c. La Reine*.

[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.

De plus, je renvoie à ce qu'a dit le juge Judson, au nom de la majorité, dans l'arrêt *R. c. Workman et Huculak*⁷:

[TRADUCTION] ... Je ne vois aucun motif possible de donner au jury une directive que, de quelque façon qu'on interprète la preuve, Huculak pourrait être un complice après le fait et non l'auteur de l'infraction. Pour pouvoir le faire, on doit trouver au dossier une preuve qui rendrait l'argument vraisemblable (*Kelsey c. La Reine*, 105 C.C.C. 97 à la p. 102, [1953] 1 R.C.S. 220 à la p. 226, 16 C.R. 119 à la p. 125). Si l'avocat omet de soulever cette question, le juge du procès n'en est pas pour autant déchargé de l'obligation de soumettre un moyen de défense possible au jury, mais l'existence de cette obligation doit reposer sur quelque chose de plus que la simple imagination.

⁵ [1934] S.C.R. 609.

⁶ [1953] 1 S.C.R. 220.

⁷ [1963] S.C.R. 266.

⁵ [1934] R.C.S. 609.

⁶ [1953] 1 R.C.S. 220.

⁷ [1963] R.C.S. 266.

It seems to me that the trial judge, in the passage above quoted from his ruling on this question, has applied that test. He has heard all the evidence. He heard the argument advanced by counsel. He considered the whole matter with counsel's argument in mind and he concluded, "I do not recognize in the evidence any sufficient basis of fact to leave the defence of mistake of fact to the jury". In my view, he directed himself correctly in law.

In relating the law to the facts of any case, we must keep in mind what it is that the trial judge must look for in the evidence in deciding whether there is, in the words of Fauteux J., "some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument, and in the grievance". In this case, to convey such a sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred. This requires a more detailed recital of the evidence than would ordinarily be necessary.

The complainant, after describing the events of the early afternoon in the restaurant, said that upon entering into the house where discussions were to take place regarding its sale, the appellant seized her and pushed her down the hallway to the bedroom. She resisted his pushing and tried to reason with him. He said that he was going to break her and began, as soon as the bedroom was reached, to remove her blouse. She said she protested and screamed and grew hysterical and tried to reason with him but was not fighting him in a physical way. When he continued to remove her blouse, she realized he was going to rape her. She tried to escape but he threw her onto the bed and she became totally hysterical. She just lay on the bed and screamed. She then said she tried to rise from the bed but he held out his arm and told her to remove his cufflinks, she refused and then she tried to escape. He pushed her back onto the bed, removed her skirt, nylons and panties, but not her brassiere or slip. She remained on the bed screaming, then she observed that he was undressed, although did not actually recall him undressing. She described various conversations in which she

J'estime que, dans le passage précité de sa décision sur ce point, le juge du procès a appliqué ce critère. Il a entendu toute la preuve. Il a écouté la plaidoirie de l'avocat. Il a considéré toute la question avec la plaidoirie à l'esprit et a conclu [TRANSDUCTION] «Je ne trouve pas dans la preuve de base factuelle suffisante pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait». A mon avis il a appliqué la bonne règle de droit.

Quand on relie les règles de droit aux faits d'une affaire donnée, il faut garder à l'esprit ce que le juge du procès doit rechercher dans la preuve pour décider s'il y a, comme l'a dit le juge Fauteux, [TRANSDUCTION] «une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief». En l'espèce, pour qu'il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l'existence d'une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu. Ceci exige un exposé de la preuve plus détaillé qu'à l'accoutumée.

Après avoir raconté les événements du début de l'après-midi au restaurant, la plaignante a dit que, dès son entrée dans la maison où devaient se tenir les discussions concernant la vente, l'appelant l'a attrapée et l'a poussée vers la chambre à coucher. Elle a résisté et a tenté de le raisonner. Il a dit qu'il allait la briser et s'est mis, dès qu'ils sont entrés dans la chambre, à lui enlever son chemisier. Elle a dit qu'elle a protesté et hurlé et qu'elle est devenue hystérique et a tenté de le raisonner, mais sans se défendre physiquement. Comme il continuait à lui enlever son chemisier, elle a compris qu'il allait la violer. Elle a tenté de s'échapper mais il l'a jetée sur le lit et elle est devenue complètement hystérique. Elle était étendue sur le lit et hurlait. Elle a alors dit qu'elle a essayé de se lever mais qu'il a tendu le bras et lui a dit de lui enlever ses boutons de manchette, qu'elle a refusé et a tenté de s'échapper. Il l'a rejetée sur le lit, lui a enlevé sa jupe, ses bas de nylon et sa culotte, mais pas son soutien-gorge ni sa combinaison. Elle est restée sur le lit à hurler, et c'est à ce moment qu'elle a remarqué qu'il était dévêtu bien qu'elle ne se rappelle pas l'avoir vu se déshabiller. Elle a

told him she was not able to take birth control pills and was without any contraceptive protection. She said that she and the man she lived with were attempting to have a baby and she was at that time ovulating. This information came, she said, from her lover who was a gynaecologist and he later gave evidence confirming these matters. She tried to persuade the appellant to desist but he would not be put off and finally had intercourse with her against her will. She said that the appellant had told her he would not ejaculate in her and she described three short acts of intercourse all against her will in which no ejaculation occurred. After some time the appellant left the bed and got a bow tie from a drawer and a sashcord from a dressing gown. Again, against her will, he tied the bow tie over her mouth as a gag and tied her hands behind her back. She struggled against this and threw herself from the bed onto the floor. He put her back on the bed and while her hands remained tied had intercourse again from the rear. During all this time she said she was at times pleading and reasoning with him, at times hysterical and screaming, and at times endeavouring to avoid and escape him. She said at one stage when she saw him get the tie and cord that she decided that he was going to kill her. Shortly after the incident of falling off the bed, and by this time some three hours had elapsed, she said that he left the room. She seized the opportunity to escape and fled from the house naked with her hands still tied behind her back. She ran down an alley and pounded at the door of a nearby house. She was admitted and the police were called. During all this period, she insisted that she did not consent to any of the acts of intercourse. She insisted that she was hysterical, fearful and helpless in his hands and she escaped as soon as she could.

The appellant, in giving evidence on his own behalf, said that upon arrival at the house, he entered and went immediately to the bathroom. On his return to the front of the house, he led the complainant into the living room. They sat on a couch and began to kiss. During this episode, she removed her necklace and left her car keys on a table in the living room. They then moved into the bedroom where she consented to the removal of

relaté différentes conversations au cours desquelles elle lui a dit qu'elle ne pouvait prendre de contraceptifs et qu'elle était sans protection contraceptive. Elle a dit qu'elle essayait d'avoir un enfant avec l'homme avec lequel elle vivait et que c'était sa période d'ovulation. Ce renseignement lui avait été donné, a-t-elle dit, par son amant, un gynécologue, qui a par la suite témoigné dans ce sens. Elle a tenté de convaincre l'appelant d'arrêter mais il a refusé et a finalement eu des rapports sexuels avec elle contre son gré. Elle a dit que l'appelant lui avait dit qu'il n'éjaculerait pas en elle et elle a décrit trois brefs épisodes de rapports sexuels contre sa volonté au cours desquels il n'y a pas eu d'éjaculation. Après un moment, l'appelant est sorti du lit et est allé chercher un noeud papillon dans un tiroir et la ceinture d'une robe de chambre. Toujours contre son gré, il l'a bâillonnée avec le noeud papillon et lui a attaché les mains dans le dos. Elle s'est débattue et s'est jetée par terre. Il l'a remise sur le lit, et pendant qu'elle avait les mains toujours attachées, il a eu des rapports sexuels avec elle par l'arrière. Pendant tout ce temps elle a dit qu'elle le suppliait et tentait de le raisonner passant de l'hystérie et des hurlements aux tentatives de se libérer et de s'échapper. Elle a dit que lorsqu'elle l'a vu aller chercher la cravate et la ceinture, elle a cru qu'il allait la tuer. Peu après sa chute du lit, à ce moment quelque trois heures s'étaient écoulées, elle a dit qu'il a quitté la pièce. Elle en a profité pour s'échapper et s'est enfuie de la maison, nue et les mains attachées dans le dos. Elle a couru le long d'une allée et a tapé à la porte d'une maison voisine. On l'a fait entrer et on a appelé la police. Pendant tout ce temps, elle a affirmé n'avoir consenti à aucun rapport sexuel. Elle a affirmé qu'elle était hystérique, effrayée et sans défense entre ses mains et qu'elle s'est échappée dès qu'elle a pu.

L'appelant, qui a témoigné pour sa propre défense, a dit qu'à l'arrivée à la maison, il est entré et est allé immédiatement à la salle de bain. A son retour à l'avant de la maison, il a conduit la plaignante au salon. Ils se sont assis sur un sofa et ont commencé à s'embrasser. Pendant cet épisode, elle a enlevé son collier et a laissé ses clés de voiture sur une table du salon. Ils se sont ensuite rendus dans la chambre à coucher où elle a con-

her clothes. He hung her blouse in the closet and put her other garments, after folding them, at the foot of the bed. He agreed that she refused to undo his cufflinks but he undressed and they then had intercourse with her consent. He admitted to three occasions and admitted that he had had no ejaculations. The whole performance, while with her consent, was not very successful. He admitted getting the tie to gag her and the cord to bind her, saying that it was done as an act of bondage to stimulate sexual activity. He said that when bound she suddenly threw herself from the bed and was hysterical and screaming. He said that he put her back on the bed. He left to find a cigarette and on his return she had gone. He did not know where. He waited for some time then put some clothes on and had a look around the house and the yard but could not find her. He insisted that everything was done with her consent. She made no serious resistance to his advances beyond making such coy inquiries as "George, what are you doing?" He said he would not have forced her if she had resisted, that she made no objection to his advances, and, that when she threw herself from the bed he desisted from any further efforts at intercourse and did not have intercourse after that event.

It will be seen at once that there is a fundamental conflict between the two stories. Her version excludes consent and any possible mistaken belief in consent. His version speaks of actual consent and no suggestion of any mistaken belief could arise. To find support for the defence asserted by the appellant, the other evidence must be considered.

When the complainant gained admission to the house where she sought help, she was observed to be in a distraught and emotional condition. She complained that she had been assaulted or raped or that someone was attempting to rape her. She was evidently fearful. She wanted to have her gentleman friend called and the call was made. The police were called as well. The priest, who had

senti à ce qu'il lui enlève ses vêtements. Il a suspendu son chemisier dans le placard et a déposé les autres vêtements au pied du lit, après les avoir pliés. Il a reconnu qu'elle a refusé de défaire ses boutons de manchette, mais il s'est déshabillé et ils ont alors eu des rapports sexuels avec son consentement. Il a admis qu'ils ont eu des rapports sexuels à trois reprises et qu'il n'avait pas éjaculé. Tout ce qui s'est passé, bien qu'avec son consentement, n'a pas eu beaucoup de succès. Il a admis être allé chercher le noeud papillon pour la bâillonner et la ceinture pour l'attacher, disant qu'il s'agissait d'un acte d'asservissement pour stimuler leur excitation sexuelle. Il a dit qu'une fois attachée elle s'est soudainement jetée en bas du lit, qu'elle est devenue hystérique et s'est mise à hurler. Il dit l'avoir replacée sur le lit. Il est parti chercher une cigarette et à son retour elle avait disparu. Il ignorait où. Il a attendu un moment puis a mis des vêtements et a jeté un coup d'œil dans la maison et dans le jardin, mais il ne l'a pas trouvée. Il a affirmé qu'elle avait consenti à tout. Elle n'a pas sérieusement résisté à ses avances, à l'exception de quelques questions timides du genre [TRADUCTION] «George, que faites-vous?» Il dit qu'il ne l'aurait pas forcée si elle avait résisté, qu'elle ne s'est pas opposée à ses avances, et que lorsqu'elle s'est jetée en bas du lit, il a abandonné tout effort pour avoir des rapports sexuels et n'en a pas eu par la suite.

On voit tout de suite qu'il existe un conflit fondamental entre les deux versions. Celle de la plaignante exclut le consentement et toute possibilité d'une croyance erronée au consentement. Dans celle de l'appelant, il est question de véritable consentement et il n'y a rien qui puisse donner naissance à une croyance erronée. Pour trouver un appui au moyen de défense que fait valoir l'appelant, il faut examiner le reste de la preuve.

Lorsque la plaignante est entrée dans la maison où elle avait cherché secours, on a constaté qu'elle était affolée et bouleversée. Elle s'est plainte d'avoir été attaquée ou violée ou que quelqu'un essayait de la violer. Elle était de toute évidence terrifiée. Elle voulait qu'on appelle son ami, ce qui a été fait. On a également appelé la police. Le prêtre qui l'a fait entrer dans la maison lui a enlevé

admitted her to the house, removed the cords from her wrists and found that they had been tightly tied. He gave evidence that he had some difficulty in untying her.

After the complainant had spoken to the police, they went to the appellant's house. Some forty minutes had elapsed since she had left it. The appellant asked if they came about the girl. He denied he had raped her. He said she was willing, that she didn't resist much, and that she had suddenly become hysterical and had run away. He didn't follow her because he didn't know what to do and when he first discovered her absence he was naked himself. In the house, the police found the necklace in the living room with the car keys. They found the complainant's blouse hanging in the closet in the bedroom, the complainant herself had seen it there before her escape. They found her underclothes folded at the foot of the bed with the exception of her slip which was in the bed sheets. Further examination revealed that the clothing of the complainant was undamaged, that is, untorn, though the complainant said that she did observe a torn shoulder strap in her slip the next day. Medical evidence found the following physical markings or injuries upon the body of the complainant. There were three scratches, two on her chest and one on her back, a red mark on the inside of her upper right arm, reddened areas on the front of both wrists. There was no bruising or redness on her mouth, throat, neck, the inside of her thighs or legs, and no injury or any kind of redness was observed about the vaginal area.

In summary then, this was the state of evidence when the trial judge was called upon to make his ruling. It became his task to apply the rule enunciated above. In assessing his resolution of the matter, we must consider the situation as it presented itself to him at the time. Speculation as to what the jury did, or would have done after being charged, is not relevant here.

With that thought in mind and, bearing in mind that the object of the judicial search must be

la ceinture des poignets et s'est rendu compte que celle-ci avait été bien serrée. Il a témoigné avoir éprouvé une certaine difficulté à la détacher.

Après que la plaignante eut parlé aux policiers, ceux-ci se sont rendus à la maison de l'appelant. Il s'était écoulé environ quarante minutes depuis qu'elle s'était échappée. L'appelant leur a demandé s'ils venaient au sujet de la fille. Il a nié l'avoir violée. Il a dit qu'elle était d'accord, qu'elle n'avait pas beaucoup résisté, et qu'elle était soudainement devenue hystérique et s'était enfuie. Il ne l'avait pas suivie parce qu'il ne savait pas quoi faire et que lorsqu'il a d'abord constaté son absence, lui-même était nu. Dans la maison, les policiers ont trouvé le collier et les clés de la voiture dans le salon. Ils ont trouvé le chemisier de la plaignante suspendu dans le placard de la chambre à coucher, où la plaignante elle-même l'avait vu avant de s'échapper. Ils ont trouvé ses sous-vêtements pliés au pied du lit, à l'exception de sa combinaison qui se trouvait dans les draps du lit. Un examen plus approfondi a révélé que les vêtements de la plaignante n'avaient pas été endommagés, c'est-à-dire qu'ils n'avaient pas été déchirés, quoique la plaignante a dit avoir remarqué le lendemain qu'une des bretelles de sa combinaison était déchirée. La preuve médicale indique que l'on a découvert les marques ou blessures suivantes sur le corps de la plaignante: il y avait trois égratignures, deux à la poitrine et une au dos, une marque rouge à l'intérieur du bras droit, des zones rougies à l'intérieur des deux poignets. Elle n'avait aucune meurtrissure ou rougeur à la bouche, à la gorge, au cou, à l'intérieur des cuisses ou des jambes, et aucune blessure ni aucune rougeur n'ont été observées dans la région du vagin.

En résumé donc, c'était l'état de la preuve lorsque le juge du procès a dû prendre sa décision. Il lui incombait d'appliquer la règle déjà énoncée. En examinant sa décision sur ce point, nous devons prendre en considération la situation qui se présentait alors à lui. Il n'est pas pertinent en l'espèce de spéculer sur ce que le jury a fait, ou aurait fait, après avoir reçu les directives.

Gardant cela à l'esprit et vu que ce que l'on recherche est la preuve d'une croyance erronée

evidence of a mistaken but honest belief in the consent of the complainant, one must first ask the question "Where is this evidence to be found?" It cannot be found in the evidence of the complainant. She denies actual consent and her evidence cannot provide any support for a mistaken belief in consent. Her conduct, according to her description, is that of a terrified, hysterical, non-consenting woman who resisted the appellant's advances, albeit unsuccessfully, and when able fled from his house in search of assistance. Turning then to the evidence of the appellant, it immediately becomes apparent that his evidence speaks of actual consent, even cooperation, and leaves little if any room for the suggestion that she may not have been consenting but he thought she was. The two stories are, as has been noted before, diametrically opposed on this vital issue. It is not for the trial judge to weigh them and prefer one to the other. It is for him in this situation, however, to recognize the issue which arises on the evidence for the purpose of deciding what defences are open. In this situation, the only realistic issue which can arise is the simple issue of consent or no consent. In my opinion, the trial judge was correct in concluding that there simply was not sufficient evidence to justify the putting of the defence of mistake of fact to the jury. He left the issue of consent and that was the only one arising on the evidence.

In reaching this conclusion, I am not unmindful of the evidence of surrounding circumstances which were said to support the appellant's contention. I refer to the absence of serious injury suffered by the complainant and the absence of damage to clothing, as well as to the long period of time during which the parties remained in the bedroom. These matters may indeed be cogent on the issue of actual consent but, in my view, they cannot by themselves advance a suggestion of a mistaken belief. The finding of the clothes at the foot of the bed, the necklace and the keys in the living room, are equally relevant on the issue of actual consent and, in my view, cannot affect the issue which was clearly framed by the opposing assertions of consent and non-consent.

mais sincère au consentement de la plaignante, il faut d'abord se demander «où trouve-t-on cette preuve?» Elle ne peut se trouver dans le témoignage de la plaignante. Elle nie tout consentement véritable et son témoignage ne peut fonder aucune croyance erronée au consentement. Son comportement, selon elle, est celui d'une femme terrifiée, hystérique, et qui ne consentait pas, qui a résisté aux avances de l'appelant, sans y réussir, et qui s'est enfuie de la maison à la recherche de secours dès qu'elle l'a pu. Quant au témoignage de l'appelant, il est immédiatement apparent qu'il y est question d'un véritable consentement, de coopération même, et qu'il laisse peu de place à la possibilité qu'elle ait pu ne pas consentir alors qu'il croyait qu'elle consentait. Les deux versions sont, comme on l'a déjà noté, diamétralement opposées sur ce point essentiel. Il n'appartient pas au juge du procès de les peser et de choisir l'une plutôt que l'autre. Cependant, dans cette situation, il doit délimiter la question soulevée par la preuve afin de décider quels moyens de défense peuvent être invoqués. Dans cette situation, la seule question réaliste qui peut se poser est la simple question du consentement ou de l'absence de consentement. A mon avis, le juge du procès a eu raison de conclure qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour que le moyen de défense d'erreur de fait soit soumis au jury. Il lui a laissé la question du consentement et c'est la seule que soulève la preuve.

En venant à cette conclusion, je n'oublie pas la preuve des circonstances de l'affaire qui, a-t-on dit, appuient la prétention de l'appelant. Je parle de l'absence de blessures graves subies par la plaignante et de l'absence de dommages à ses vêtements, de même que de la longue période pendant laquelle les parties sont restées dans la chambre à coucher. Il se peut bien que ces points soient pertinents à la question du consentement véritable, mais, à mon avis, ils ne peuvent en soi appuyer la prétention qu'il y a eu croyance erronée. La découverte des vêtements au pied du lit, du collier et des clés au salon, est également pertinente à la question du consentement véritable mais, à mon avis, elle ne peut modifier la question clairement délimitée par les affirmations opposées de consentement et d'absence de consentement.

It would seem to me that if it is considered necessary in this case to charge the jury on the defence of mistake of fact, it would be necessary to do so in all cases where the complainant denies consent and an accused asserts it. To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality. In *R. v. Plummer and Brown*, *supra*, Evans J.A., (as he then was) speaking for the Ontario Court of Appeal, considered that there was such evidence as far as Brown was concerned and directed a new trial because the defence had not been put. In that case, the complainant had gone to Plummer's "pad" where she had been raped by Plummer. Brown entered the room where the rape occurred after Plummer had gone. Apparently he had arrived at the house separately from Plummer. It was open on the evidence to find that he was unaware then that Plummer had threatened the complainant and terrorized her into submission. He had intercourse with her and she said that because of continuing fear from Plummer's threats, she submitted without protest. In these special circumstances, the defence was required. The facts clearly established at least an air of reality to Brown's defence. In *Morgan*, there was evidence of an invitation by the complainant's husband to have intercourse with his wife and his assurance that her show of resistance would be a sham. In other words, there was evidence explaining, however preposterous the explanation might be, a basis for the mistaken belief. In the case at bar, there is no such evidence.

Where the complainant says rape and the accused says consent, and where on the whole of the evidence, including that of the complainant, the accused, and the surrounding circumstances, there is a clear issue on this point, and where as here the accused makes no assertion of a belief in consent as opposed to an actual consent, it is unrealistic in the absence of some other circum-

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. 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. Dans l'arrêt *R. v. Plummer and Brown*, précité, le juge Evans (tel était alors son titre), parlant au nom de la Cour d'appel de l'Ontario, s'est dit d'avis qu'il existait pareille preuve en ce qui concernait Brown et a ordonné un nouveau procès parce que le moyen de défense n'avait pas été soumis au jury. Dans cette affaire-là, la plaignante était allée à la «piau» de Plummer où celui-ci l'a violée. Brown est entré dans la pièce où le viol avait eu lieu après le départ de Plummer. Apparemment il était arrivé à la maison sans Plummer. Il était possible de conclure d'après la preuve qu'il ignorait que Plummer avait menacé la plaignante et avait obtenu sa soumission par la terreur. Il a eu des rapports sexuels avec elle et elle a dit qu'elle s'est soumise sans protester parce qu'elle était encore effrayée des menaces de Plummer. Dans ces circonstances particulières, il fallait soumettre ce moyen de défense. Les faits donnaient clairement au moins une apparence de vraisemblance au moyen de défense de Brown. Dans l'affaire *Morgan*, la preuve indiquait que le mari de la plaignante avait invité les accusés à avoir des relations sexuelles avec son épouse et qu'il les avait assurés que ses protestations ne seraient qu'une comédie. En d'autres termes, il y avait une preuve qui donnait, si absurde que puisse être cette explication, un fondement à la croyance erronée. En l'espèce pareille preuve n'existe pas.

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

stance or circumstances, such as are found in the *Plummer and Brown* and *Morgan* cases, to consider the judge bound to put the mistake of fact defence. In my opinion, the trial judge was correct in refusing to put the defence on the evidence before him.

I might add that I have had the advantage of reading the reasons of my brother Dickson J., and while it is apparent that I am unable to accept his view on the evidentiary question, I am in agreement with that part of his judgment dealing with the availability as a defence to a charge of rape in Canada of what is generally termed the defence of mistake of fact.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MARTLAND J.—I agree with the opinion expressed by my brother McIntyre that the trial judge was correct in concluding that there was not sufficient evidence to justify putting the defence of mistake of fact to the jury and with his proposed disposition of this appeal.

I would, however, like to make a comment in respect of one passage in his reasons which refers to the dissenting opinion of Lambert J.A. in the Court of Appeal. Lambert J.A. was of the opinion that there was sufficient evidence to put the defence of mistake of fact to the jury and that the trial judge should have directed the jury that the accused was entitled to an acquittal if the jury found that he entertained an honest and reasonably held belief in the existence of consent. Dealing with the words underlined, my brother McIntyre says that he cannot share this view because of the pronouncement of this Court in *Beaver v. The Queen*⁸, at p. 538. The passage to which he refers is contained in the judgment of Cartwright J. (as he then was) and reads as follows:

In *Regina v. Tolson* ((1889), 23 Q.B.D. 168), Stephen J. says at p. 188:

... I think it may be laid down as a general rule that an alleged offender is deemed to have acted under

⁸ [1957] S.C.R. 531.

est irréaliste, en l'absence d'autres circonstances, comme celles présentes dans les affaires *Plummer and Brown* et *Morgan*, de considérer que le juge a l'obligation de soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait. A mon avis, le juge du procès a eu raison de refuser de soumettre ce moyen de défense, compte tenu de la preuve devant lui.

J'ajoute que j'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Dickson; bien qu'il soit évident que je ne peux partager son opinion sur la question de la preuve, je suis d'accord avec la partie de son opinion qui porte sur la possibilité d'invoquer au Canada, en cas d'accusation de viol, ce que l'on appelle généralement le moyen de défense d'erreur de fait.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MARTLAND—Je partage l'opinion de mon collègue le juge McIntyre que le juge du procès a conclu à bon droit qu'il n'y avait pas de preuve suffisante pour que l'on soumette au jury le moyen de défense d'erreur de fait et je souscris au règlement du pourvoi qu'il propose.

J'aimerais cependant faire une remarque au sujet du passage de ses motifs qui porte sur l'opinion du juge Lambert, dissident en Cour d'appel. Le juge Lambert y est d'avis qu'il y avait une preuve suffisante pour que le moyen de défense d'erreur de fait soit soumis au jury et que le juge du procès aurait dû dire au jury que, s'il concluait que l'accusé croyait sincèrement et pour des motifs raisonnables à l'existence du consentement, celui-ci avait le droit d'être acquitté. A propos du mot souligné, le juge McIntyre dit qu'il ne peut partager cette opinion vu la déclaration de cette Cour dans l'arrêt *Beaver c. La Reine*⁸, à la p. 538. Le passage auquel il renvoie est tiré de l'opinion du juge Cartwright (alors juge puîné) et se lit comme suit:

[TRADUCTION] Dans *Regina v. Tolson* ((1889), 23 Q.B.D. 168), le juge Stephen dit, à la p. 188:

... A mon avis on peut poser comme règle générale que si un accusé croit en toute bonne foi et raisonna-

⁸ [1957] R.C.S. 531.

that state of facts which he in good faith and on reasonable grounds believed to exist when he did the act alleged to be an offence.

I am unable to suggest any real exception to this rule, nor has one ever been suggested to me.

and adds at p. 189:

Of course, it would be competent to the legislature to define a crime in such a way as to make the existence of any state of mind immaterial. The question is solely whether it has actually done so in this case.

I adhere to the opinion which, with the concurrence of my brother Nolan, I expressed in *The Queen v. Rees* ([1956] S.C.R. 640 at 651) that the first of the statements of Stephen J. quoted above should now be read in the light of the judgment of Lord Goddard C.J., concurred in by Lynskey and Devlin JJ., in *Wilson v. Inyang* ([1951] 2 K.B. 799) which, in my opinion, rightly decides that the essential question is whether the belief entertained by the accused is an honest one and that the existence or non-existence of reasonable grounds for such belief is merely relevant evidence to be weighed by the tribunal of fact in determining that essential question.

The paragraph which follows the quotation from Stephen J. in *R. v. Tolson* is an *obiter dictum*. The Court which determined the *Beaver* case was a five-man court and two of the judges dissented on the disposition of the case. It involved a charge of being in possession of a drug. The accused was in physical possession of a package which contained drugs, but he said he never knew that the package contained drugs. The Courts below had held that this furnished no defence to the charge under subs. 4(1)(d) of the *Opium and Narcotic Drug Act*. The issue before the Court, and on which it divided, was whether the statute created an absolute prohibition, or whether the want of knowledge as to the nature of the substance found in the possession of the accused furnished a defence. The dissenting minority held the view that *mens rea* was not an essential element of the offence charged. The reasonableness of the belief of the accused was not in issue.

Cartwright J., in the passage cited, relies on a statement of Lord Goddard C.J. in *Wilson v.*

blement à l'existence d'un état de fait lorsqu'il a commis l'acte incriminé, il doit être considéré comme ayant commis cet acte sous l'empire de ce fait.

Je n'ai jamais eu connaissance d'une exception à cette règle, je n'en ai pas trouvée non plus moi-même.

et il ajoute à la p. 189:

Bien entendu, il serait loisible au législateur de définir un crime qui exclue toute considération d'état d'esprit. La question est uniquement de savoir s'il l'a vraiment fait dans le cas qui vous intéresse.

Je m'en tiens à l'avis que j'ai exprimé, avec l'approbation de mon collègue Nolan dans *La Reine c. Rees* ([1956] R.C.S. 640 à la p. 651), à savoir que la première des conclusions susmentionnées du juge Stephen doit être maintenant considérée à la lumière du jugement rendu par le juge en chef lord Goddard, auquel on souscrit les juges Lynskey et Devlin, dans *Wilson v. Inyang* ([1951] 2 K.B. 799). Ce jugement a conclu, fort justement à mon avis, que la question essentielle est de savoir si la croyance de l'accusé est sincère et que l'existence ou l'absence de motifs raisonnables constitue une preuve pertinente qu'il appartient au juge du fond d'apprécier lorsqu'il tranche cette question essentielle.

L'alinéa qui suit la citation des propos du juge Stephen dans *R. v. Tolson* est un *obiter dictum*. L'arrêt *Beaver* a été rendu par la Cour composée de cinq juges dont deux ont été dissidents sur l'issue du pourvoi. Cette affaire portait sur une accusation de possession d'un stupéfiant. L'accusé était en possession matérielle d'un paquet contenant des stupéfiants, mais a dit n'avoir jamais su que le paquet en contenait. Les tribunaux d'instance inférieure avaient décidé que cela ne constituait pas un moyen de défense à l'accusation portée conformément à l'al. 4(1)d) de la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques*. La question soumise à la Cour, sur laquelle il n'y a pas eu unanimité, était de savoir si la loi créait une interdiction absolue, ou si l'ignorance de la nature de la substance dont l'accusé avait été trouvé en possession constituait un moyen de défense. La minorité dissidente était d'avis que la *mens rea* n'est pas un élément essentiel de l'infraction. Le caractère raisonnable de la croyance de l'accusé n'était pas en cause.

Dans le passage cité, le juge Cartwright s'appuie sur un énoncé du lord juge en chef Goddard dans

*Inyang*⁹. That was a case in which the charge was that of wilfully and falsely using the title of "physician" contrary to s. 40 of the *Medical Act, 1858*. The offence, as defined, included a specific mental ingredient.

Speaking of that case, Bridge J., who delivered the judgment of the Court of Appeal in *Director of Public Prosecutions v. Morgan*¹⁰, said at p. 190:

Wherever the definition of a crime includes as one of its express ingredients a specific mental element both the evidential and the probative burden lie upon the Crown with respect to that element. Typical examples are dishonesty in theft and knowledge or belief in handling. In seeking to rebut the Crown's case against him in reference to his state of mind the accused may and frequently does assert his mistaken belief in non-existent facts. Of course it is right that in this context the question whether there were reasonable grounds for the belief is only a factor for the jury's consideration in deciding whether the Crown has established the necessary mental element of the crime. This is because the issue is already before the jury and no evidential burden rests upon the accused.

The decision of the Divisional Court in *Wilson v. Inyang*, [1951] 2 K.B. 799, is to be understood in the light of this principle. The court there rejected the argument that an acquittal by a magistrate of a defendant charged with an offence under section 40 of the *Medical Act 1858* should be reversed on appeal by case stated on the ground that the defendant had no reasonable ground for his belief that he was entitled to call himself a "physician." Lord Goddard C.J. said, at p. 803:

"If he has acted without any reasonable ground, and has refrained from making any proper inquiry, that is generally very good evidence that he is not acting honestly. But it is only evidence, . . ."

The statute, however, under which that prosecution was brought required the prosecution to prove that the defendant acted "wilfully and falsely." Inevitably, therefore, if this subjective mental element was not proved the prosecution failed.

The remarks of Lord Goddard C.J. in *Wilson v. Inyang* were made with reference to an offence

l'arrêt *Wilson v. Inyang*⁹. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle l'accusation était d'avoir volontairement et faussement porté le titre de «médecin», contrairement à l'art. 40 de la *Medical Act, 1858*. L'infraction, dans sa définition, exigeait un élément mental spécifique.

Voici ce que le juge Bridge a dit à propos de cet arrêt, dans l'arrêt de la Cour d'appel, *Director of Public Prosecutions v. Morgan*¹⁰, à la p. 190:

[TRADUCTION] Chaque fois que la définition d'un crime comprend comme composante un élément mental spécifique, le ministère public a la double obligation d'établir cet élément et de l'établir au-delà de tout doute raisonnable. La malhonnêteté dans le vol et la connaissance ou la croyance dans la possession sont des exemples typiques. Pour tenter de réfuter la preuve du ministère public sur l'état d'esprit de l'accusé, ce dernier peut affirmer avoir cru à des circonstances qui n'existaient pas, et c'est fréquemment ce qu'il fait. C'est évidemment à bon droit que dans ce contexte, la question de savoir s'il existait des motifs raisonnables fondant la croyance ne constitue qu'un facteur dont le jury tient compte pour décider si le ministère public a établi l'élément mental requis pour le crime. C'est parce que cette question est déjà soumise au jury et que l'accusé n'a pas le fardeau de la preuve.

L'arrêt de la Divisional Court dans *Wilson v. Inyang*, [1951] 2 K.B. 799, doit s'interpréter à la lumière de ce principe. Dans cet arrêt, la Cour a rejeté l'argument que l'acquiescement d'une infraction à l'article 40 de la *Medical Act, 1858*, prononcé par un magistrat, devait être infirmé en appel sur exposé de cause parce que le défendeur n'avait aucun motif raisonnable de croire qu'il avait le droit de porter le titre de «médecin». Le lord juge en chef Goddard a dit, à la p. 803:

«S'il a agi sans motif raisonnable, et s'est abstenu de se renseigner de façon appropriée, cela constitue habituellement une très bonne preuve qu'il n'agit pas de bonne foi. Mais ce n'est qu'une preuve, . . .»

Cependant, la loi en vertu de laquelle la poursuite a été intentée exigeait que le ministère public établisse que le défendeur avait agi «volontairement et faussement». Il est par conséquent inévitable que la poursuite échoue si cet élément mental subjectif n'a pas été établi.

Les remarques du lord juge en chef Goddard dans l'arrêt *Wilson v. Inyang* ont été faites à

⁹ [1951] 2 K.B. 799.

¹⁰ [1976] A.C. 182, [1975] 2 All E.R. 347.

⁹ [1951] 2 K.B. 799.

¹⁰ [1976] A.C. 182, [1975] 2 All E.R. 347.

under the section of the *Medical Act* and do not purport to be a general definition of the requisites of a defence of mistake of fact in all criminal cases.

For these reasons, it is my opinion that if a case arises which raises the issue as to whether, on a charge of rape, an accused person who seeks to rely upon a defence of mistake of fact must, in order to succeed, establish that his mistake was reasonable as well as honest, it is open to this Court to determine that issue, and that it is not precluded from so doing by the judgment in the *Beaver* case. On the reasoning of my brother McIntyre in this case, with which I have agreed, that issue does not arise in the present appeal.

The reasons of Dickson and Estey JJ. were delivered by

DICKSON J. (*dissenting*)—George Pappajohn, a Vancouver businessman, was found guilty before a judge and jury on an indictment charging rape. From that conviction, an appeal was taken to the Court of Appeal of British Columbia. That Court, by a majority, dismissed the appeal.

The principal issue the jury had to determine was whether the complainant consented to those acts of intercourse which, it is not disputed, took place. At trial, however, counsel for the appellant advanced an alternative “defence” which, in his submission, ought also to have been left with the jury. It was argued that even were the jury to decide that the acts transpired in the absence of consent, the appellant could, nonetheless, be excused from criminal responsibility if he had honestly, albeit mistakenly, believed that the complainant was a willing partner. Though the trial judge did not dismiss the defence as being unavailable at law, in the circumstances he disallowed the plea, ruling that there was insufficient evidential foundation to warrant an instruction on the issue. The point in this appeal is whether the trial judge erred in failing to put before the jury a defence of mistaken belief in consent, such failure being a non-direction amounting to misdirection.

propos d’une infraction à un article de la *Medical Act* et ne prétendent pas établir une définition générale des conditions régissant un moyen de défense d’erreur de fait dans toutes les affaires criminelles.

Pour ces motifs, je suis d’avis que s’il se trouve une affaire où, sur une accusation de viol, un accusé plaide l’erreur de fait en défense, la question de savoir si, pour réussir, il doit établir que son erreur se fondait sur des motifs raisonnables et qu’elle était sincère, pourra être tranchée par cette Cour qui n’en est pas empêchée par l’arrêt *Beaver*. Vu le raisonnement du juge McIntyre en l’espèce, auquel j’ai souscrit, cette question ne se pose pas dans le présent pourvoi.

Version française des motifs des juges Dickson et Estey rendus par

LE JUGE DICKSON (*dissident*)—George Pappajohn, un homme d’affaires de Vancouver, a été déclaré coupable par un juge et un jury sur une accusation de viol. Il a interjeté appel de cette déclaration de culpabilité à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique. Celle-ci, à la majorité, a rejeté l’appel.

La principale question que le jury devait trancher était celle de savoir si la plaignante avait consenti aux rapports sexuels qui, cela n’est pas contesté, ont eu lieu. Au procès, cependant, l’avocat de l’appelant a fait valoir un «moyen de défense» subsidiaire qui, selon lui, aurait dû être soumis au jury. Il a plaidé que même si le jury décidait que les actes s’étaient produits sans consentement, l’appelant pouvait, néanmoins, être exonéré de sa responsabilité pénale s’il croyait sincèrement, bien qu’erronément, que la plaignante était une partenaire consentante. Bien que le juge du procès n’ait pas rejeté le moyen de défense parce qu’il serait inexistant en droit, il a refusé de l’accepter dans les circonstances et décidé que la preuve était insuffisante pour justifier des directives sur cette question. La question posée dans ce pourvoi est celle de savoir si le juge du procès a commis une erreur en omettant d’exposer au jury le moyen de défense de croyance erronée au consentement, ce qui constituerait une absence de directive équivalant à une directive erronée.

In the main, the Court is here concerned with issues of *mens rea* and mistake of fact. Nonetheless, an appreciation of the evidence led at trial is fundamental to the appeal. Recognition of the defence, if unavailable on the facts of his case, is of no value to the appellant. Conversely, the appellant cannot succeed, regardless of the strength of those facts, unless and until mistake, or honest belief in consent, is accepted as a defence in law to a charge of rape.

It will be convenient to identify the pivotal issues on which the appellant's case turns:

- (1) What is the *mens rea* of rape?
- (2) Is a mistaken belief in consent available in defence to the charge of rape?
- (3) If so, does mistake afford a defence only where the mistake is one which is held both honestly and on reasonable grounds?
- (4) Did the trial judge err in the case at bar in ruling there was not sufficient basis of fact to justify leaving the defence of mistake of fact to the jury?

I

Mens Rea

There rests now, at the foundation of our system of criminal justice, the precept that a man cannot be adjudged guilty and subjected to punishment, unless the commission of the crime was voluntarily directed by a willing mind. Blackstone spoke of a "vicious act" consequent upon a "vicious will" (*Commentaries*, Book IV, at p. 21). Proof of the mental element is an essential and constituent step in establishing criminal responsibility. Parliament can, of course, by express words, create criminal offences for which a guilty intention is not an essential ingredient. Equally, *mens rea* is not requisite in a wide category of statutory offences which are concerned with public welfare, health and safety. Subject to these exceptions, *mens rea*,

Essentiellement, la Cour doit se pencher ici sur les questions de *mens rea* et d'erreur de fait. Ce pourvoi exige néanmoins une appréciation de la preuve produite au procès. Reconnaître ce moyen de défense, si les faits de l'affaire ne permettent pas de l'invoquer, ne serait d'aucune utilité pour l'appellant. Réciproquement, l'appellant doit échouer, quel que soit le poids de ces faits, à moins que l'erreur, ou la croyance sincère au consentement, ne soit acceptée comme un moyen de défense en droit à une accusation de viol.

Il est plus commode de délimiter les questions dont dépend le sort du pourvoi de l'appellant:

- (1) Quelle est la *mens rea* du viol?
- (2) Une croyance erronée au consentement constitue-t-elle un moyen de défense à une accusation de viol?
- (3) Si c'est le cas, l'erreur constitue-t-elle un moyen de défense uniquement lorsqu'elle est à la fois sincère et fondée sur des motifs raisonnables?
- (4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en l'espèce en décidant que les faits ne constituaient pas une base suffisante pour justifier que l'on soumette au jury le moyen de défense d'erreur de fait?

I

La mens rea

Notre système de justice criminelle repose sur le principe qu'un homme ne peut être déclaré coupable et se voir imposer une peine, à moins que la perpétration du crime ne découle d'un acte volontaire. Blackstone a parlé d'un [TRADUCTION] «acte illégal» résultant d'une [TRADUCTION] «volonté de nuire» (*Commentaries*, Livre IV, à la p. 21). La preuve de l'élément mental est une étape essentielle et fondamentale de l'établissement de la responsabilité pénale. Le Parlement peut, bien sûr, en termes exprès, créer des infractions criminelles pour lesquelles une intention coupable n'est pas un élément essentiel. De même, la *mens rea* n'est pas requise pour un grand nombre d'infractions créées par la loi relativement au bien-être, à la santé et à

consisting of some positive states of mind, such as evil intention, or knowledge of the wrongfulness of the act, or reckless disregard of consequences, must be proved by the prosecution. The mental element may be established by inference from the nature of the act committed, or by additional evidence.

The *mens rea* which is required, and its nature and extent, will vary with the particular crime; it can only be determined by detailed examination of the *actus reus* of the offence. Speaking generally, at least where the circumstance is not "morally indifferent", the mental element must be proved with respect to all circumstances and consequences that form part of the *actus reus*. It follows that, in a case of alleged rape, where a fact or circumstance is not known to, or is misapprehended by, the accused, leading to a mistaken but honest belief in the consent of the woman, his act is not culpable in relation to that element of the offence:

... for if the *actus reus* includes surrounding circumstances, it cannot be said to be intentional unless *all its elements*, including those circumstances, are known. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, at p. 141). (*Emphasis added.*)

Taking these principles, then, what is the mental element required under s. 143 of the *Criminal Code* on a charge of rape? This crime was historically regarded as an offence of physical violence. Blackstone defined rape as "the carnal knowledge of a woman forcibly and against her will" (*Commentaries, supra*, at p. 210). A more comprehensive definition of rape at common law is found in Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38th ed.) (1937), at para. 2871:

Rape consists in having unlawful sexual intercourse with a woman without her consent by force, fear or fraud (citing 1 *East's Pleas of the Crown* 434 and 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

Section 143 of our *Code*, in brief, defines rape as an act of sexual intercourse with a female person without her consent, or with consent if that consent is extorted by threats or fear of bodily harm.

la sécurité publique. Sous réserve de ces exceptions, la poursuite doit établir la *mens rea*, c'est-à-dire un état d'esprit positif, comme l'intention malveillante, ou la connaissance du caractère fautif de l'acte, ou l'indifférence insouciance quant à ses conséquences. L'élément mental peut être établi par déduction à partir de la nature de l'acte commis, ou par une preuve complémentaire.

La nature et l'étendue de la *mens rea* varient selon le crime; seule une analyse détaillée de l'*actus reus* de l'infraction permet de la déterminer. De façon générale, du moins lorsque la situation n'est pas «moralelement indifférente», il faut faire la preuve de l'élément mental à l'égard de toutes les circonstances et conséquences qui font partie de l'*actus reus*. Il en découle que, dans le cas d'une accusation de viol, lorsqu'un fait ou une circonstance est inconnu de l'accusé ou mal perçu par lui, ce qui l'amène à croire erronément mais sincèrement au consentement de la femme, son acte n'est pas coupable à l'égard de cet élément de l'infraction:

[TRADUCTION] ... car si l'*actus reus* comprend toutes les circonstances de l'affaire, il ne peut être qualifié d'intentionnel à moins que *tous ses éléments*, y compris ces circonstances, soient connus. (Glanville Williams, *Criminal Law, The General Part*, à la p. 141). (J'ai mis des mots en italique.)

Partant de ces principes, quel élément mental l'art. 143 du *Code criminel* exige-t-il sur une accusation de viol? Historiquement, on considère ce crime comme une infraction de violence physique. Blackstone a défini le viol comme [TRADUCTION] «l'union charnelle avec une femme par la force et contre sa volonté» (*Commentaries*, précité, à la p. 210). Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* (38^e éd.) (1937), au par. 2871, donne une définition plus complète du viol en *common law*:

[TRADUCTION] Le viol consiste à avoir des rapports sexuels illégaux avec une femme sans son consentement par la force, la crainte ou la fraude (citant 1 *East's Pleas of the Crown* 434 et 1 *Hale's Pleas of the Crown* 627).

En bref, l'article 143 de notre *Code* définit le viol comme le fait d'avoir des rapports sexuels avec une personne du sexe féminin sans son consentement ou avec son consentement si celui-ci est arraché

It will be seen that the statutory definition does not depart in any significant way from the common law definition. For all practical purposes, the *Criminal Code* merely codifies the common law. The essence of the crime consists in the commission of an act of sexual intercourse where a woman's consent, or genuine consent, has been withheld.

The *actus reus* of rape is complete upon (a) an act of sexual intercourse; (b) without consent. An affirmative finding as to each of these elements does not finish the inquiry, however, for, as I have indicated, the requirement that there be a guilty intention must also be satisfied. The important question then arises as to whether at common law, and under s. 143 of the *Code*, the guilty intention for rape extends to the element of consent. In principle, it would seem that it should, as intention as to consent is central to responsibility; a man should only be punished where he proceeds with an act of violation in the knowledge that consent is withheld, or in a state of recklessness as to whether willingness is present. The intention to commit the act of intercourse, and to commit that act in the absence of consent, are two separate and distinct elements of the offence.

Is the accused's perception of consent relevant to a charge under s. 143 of the *Criminal Code*? The argument against the application of *Director of Public Prosecutions v. Morgan*¹¹ in Canada is that the *Code* creates a statutory offence of rape which does not expressly advert to, or require, that there be a state of mind or intent to proceed in the absence of consent. The issue of consent as an aspect of *mens rea* for rape does not appear to have been raised directly in English authorities previous to the *Morgan* decision, although Lord Denman in *R. v. Flattery*¹² had occasion to say:

There is one case where a woman does not consent to the act of connection and yet the man may not be guilty of rape, that is where the resistance is so slight and her behaviour such that the man may *bona fide* believe that she is consenting . . . (at p. 392)

¹¹ [1976] A.C. 182 [1975] 2 All E.R. 347.

¹² (1877), 13 Cox C.C. 388.

par des menaces ou par la crainte de lésions corporelles. On voit que la définition légale ne diffère pas de façon importante de la définition de *common law*. A toutes fins pratiques, le *Code criminel* ne fait que codifier la *common law*. Le crime consiste essentiellement à avoir des rapports sexuels quand la femme ne donne pas son consentement, ou un consentement véritable.

L'*actus reus* du viol est complet lorsqu'il y a a) des rapports sexuels; b) sans consentement. Conclure à la présence de chacun de ces éléments ne met cependant pas fin à l'enquête, parce que, comme je l'ai dit, il faut aussi qu'il y ait une intention coupable. La question importante qui se pose alors est celle de savoir si, en *common law* et selon l'art. 143 du *Code*, l'intention coupable dans le cas du viol s'étend au consentement. En principe, il semble que ce devrait être le cas, parce que l'intention relative au consentement est essentielle à la responsabilité; un homme ne doit être puni que lorsqu'il commet un viol sachant qu'il n'y a pas consentement, ou sans se soucier de savoir s'il y a consentement. L'intention d'avoir des rapports sexuels et celle de commettre cet acte en l'absence de consentement sont deux éléments séparés et distincts de l'infraction.

La perception qu'a l'accusé du consentement est-elle pertinente à une accusation portée en vertu de l'art. 143 du *Code criminel*? L'argument qui milite contre l'application au Canada de l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Morgan*¹¹ est que le *Code* crée une infraction de viol qui ne mentionne ni n'exige expressément l'existence d'un état d'esprit ou d'une intention d'agir en l'absence de consentement. La question du consentement, en tant qu'aspect de la *mens rea* du viol, ne semble pas avoir été analysée directement dans la jurisprudence anglaise avant l'arrêt *Morgan*, bien que lord Denman ait dit dans l'arrêt *R. v. Flattery*¹²:

[TRADUCTION] Il y a un cas où la femme ne consent pas à la pénétration et où pourtant l'homme peut ne pas être coupable de viol, c'est lorsque la résistance est si faible et sa conduite telle que l'homme peut croire de bonne foi qu'elle consent . . . (à la p. 392)

¹¹ [1976] A.C. 182, [1975] 2 All E.R. 347.

¹² (1877), 13 Cox C.C. 388.

The question has been topical in the Australian courts for some time, and we have the benefit of a body of case law which deals with the mental element and honest belief as a defence of mistake. The first decision is *R. v. Hornbuckle*¹³ (the Full Court of Victoria sitting) which established a definition of the mental element in rape, followed generally by the Australian courts. In the course of delivering judgment, McFarlan J. had the following to say:

To hold that knowledge that the act of intercourse was occurring sufficiently establishes the intent, because the man who knows he is committing the act must intend it, even if *prima facie* warranted, seems to us to fail to distinguish "intent to have intercourse" from "intent to have intercourse without the consent of the female". (at p. 287)

The *Hornbuckle* case was followed in *R. v. Daly*¹⁴. The appeal did not raise an issue of honest belief or mistake, but reached the Court on the question of whether the jury ought to have been instructed that one of the elements of rape is an intention to have intercourse without consent. The *Hornbuckle* principle was reaffirmed by Smith J.:

... the Crown must establish beyond reasonable doubt that the accused either was aware that the woman was not consenting, or else realized she might not be, and determined to have intercourse with her whether she was consenting or not. (at pp. 258-9)

A later decision by the Appellate Court of New South Wales, *R. v. Flaherty and others*¹⁵, which was concerned with a plea of mistaken belief, conflicts with *Daly*, at least on the issue of the burden of proof. Though *Flaherty* accepts the defence of honest and reasonable mistake, Asprey J.A. states (at p. 148): "... the state of mind of the accused is no part of the Crown case, except to the extent that the Crown must prove an intention to perform the physical act." In his view, an accused wishing to benefit from the defence bears the evidential burden to introduce credible material upon which a jury can conclude that he

Depuis quelque temps déjà cette question est d'actualité devant les tribunaux australiens, et nous disposons d'un ensemble de décisions qui traitent de l'élément mental et du moyen de défense d'erreur de bonne foi. Le premier arrêt est *R. v. Hornbuckle*¹³ (la Cour de Victoria siégeant au complet) qui a défini l'élément mental du viol en des termes que les tribunaux australiens ont en général repris. Dans l'exposé de ses motifs, le juge McFarlan a dit:

[TRADUCTION] On pourrait dire que le fait de savoir qu'il y a eu des rapports sexuels suffit pour établir l'intention, parce que celui qui sait qu'il commet cet acte doit en avoir l'intention, et cette thèse pourrait être justifiée à première vue. Cependant, à notre avis, cette thèse omet de distinguer «l'intention d'avoir des rapports sexuels» de «l'intention d'avoir des rapports sexuels sans le consentement de la femme». (p. 287)

L'arrêt *Hornbuckle* a été suivi dans l'arrêt *R. v. Daly*¹⁴. L'appel ne soulevait pas la question de la croyance ou de l'erreur de bonne foi, mais la Cour avait à décider si le jury devait recevoir des directives portant que l'intention d'avoir des rapports sexuels sans consentement est un des éléments du viol. Le principe énoncé dans l'arrêt *Hornbuckle* a été réaffirmé par le juge Smith:

[TRADUCTION] ... le ministère public doit établir au-delà de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la femme ne consentait pas ou alors qu'il se rendait compte qu'elle ne consentait peut-être pas, et était décidé à avoir des rapports sexuels avec elle qu'elle y consente ou non. (aux pp. 258, 259)

Un arrêt postérieur de la Cour d'appel de la Nouvelle-Galles du Sud, *R. v. Flaherty and others*¹⁵, qui porte sur un moyen de défense de croyance erronée, contredit l'arrêt *Daly*, du moins en ce qui concerne le fardeau de la preuve. Bien que l'arrêt *Flaherty* accepte l'erreur de bonne foi fondée sur des motifs raisonnables comme moyen de défense, le juge Asprey y dit (p. 148): [TRADUCTION] «... le ministère public n'a pas à établir l'état d'esprit de l'accusé, sauf dans la mesure où il lui faut prouver une intention de commettre l'acte.» A son avis, un accusé qui désire se prévaloir de ce moyen de défense a le fardeau de

¹³ [1945] V. L. R. 281.

¹⁴ [1968] V. R. 257.

¹⁵ (1968), 89 W.N. (N.S.W.) 141.

¹³ [1945] V.L.R. 281.

¹⁴ [1968] V.R. 257.

¹⁵ (1968), 89 W.N. (N.S.W.) 141.

honestly, but mistakenly, believed in consent, and had reasonable grounds for so doing.

In *R. v. Flannery and Prendergast*¹⁶, the *Hornbuckle* and *Daly* line of authority, as to the Crown's burden to prove knowledge of consent, was followed. *Flaherty* was not mentioned. Once again, honest belief was in issue, and in dealing with the defence the Court considered the mental element for rape. It was held that where an accused has not perceived an absence of consent and honestly believed there was consent, the existence of the belief negatives the intention requisite to the commission of the crime.

One of the more recent cases is *R. v. Sperotto, R. v. Salvietti*¹⁷. A five-man appellate court heard the case, which raised the defence of honest belief. On the question of the mental element, the Court held:

In order to convict the accused of the crime of rape and, subject to what is hereinafter said, to establish this intention on his part the Crown must prove beyond a reasonable doubt that when the accused had intercourse with the woman either (i) he was aware that she had not consented, or (ii) he realized that she might not be consenting and was determined to have intercourse with her whether she was consenting or not. (at p. 226)

Moreover, the Court held that *Flaherty's* case was not intended to be read as asserting that the state of mind of the accused is no part of the Crown case in relation to the intention of the accused to have intercourse with the woman, regardless of consent.

In *Morgan*, each of the Law Lords accepted the element of knowledge or recklessness as to consent, as a feature of the guilty intention in the crime of rape. In particular, Lord Hailsham endorsed the test formulated by the trial judge, that the prosecution must prove that "... each defendant intended to have sexual intercourse without her consent, not merely that he intended to have sexual intercourse with her but that he intended

produire une preuve vraisemblable sur la base de laquelle un jury peut conclure qu'à partir de motifs raisonnables, il a cru sincèrement, mais erronément, au consentement.

Dans l'arrêt *R. v. Flannery and Prendergast*¹⁶, on a suivi les arrêts *Hornbuckle* et *Daly*, en ce qui concerne le fardeau qu'a le ministère public d'établir la connaissance du consentement. L'arrêt *Flaherty* n'y est pas mentionné. Une fois encore, la croyance sincère était en jeu et dans son analyse de ce moyen de défense, la Cour a étudié l'élément mental du viol. Elle a décidé que si un accusé n'a pas perçu d'absence de consentement et a cru sincèrement qu'il y avait consentement, l'existence de cette croyance dément celle de l'intention requise pour commettre le crime.

Plus récemment il y a eu l'arrêt *R. v. Sperotto, R. v. Salvietti*¹⁷. La cour d'appel composée de cinq juges a entendu cet appel qui soulevait le moyen de défense de croyance sincère. En ce qui concerne l'élément mental, la Cour a décidé que:

[TRADUCTION] Pour que l'accusé soit déclaré coupable du viol et, sous réserve de ce qui est dit ci-après, pour établir cette intention de sa part, le ministère public doit prouver au-delà de tout doute raisonnable que lorsque l'accusé a eu avec la femme des rapports sexuels (i) il savait qu'elle ne consentait pas ou (ii) il se rendait compte qu'elle ne consentait peut-être pas, et était décidé à avoir avec elle des rapports sexuels qu'elle y consente ou non. (à la p. 226)

De plus, la cour a décidé que l'arrêt *Flaherty* ne devait pas être interprété comme une affirmation que le ministère public n'avait pas à établir l'état d'esprit de l'accusé quant à son intention d'avoir des rapports sexuels avec la femme, qu'il y ait ou non consentement.

Dans l'arrêt *Morgan*, tous les lords juges ont accepté que l'élément de connaissance du consentement ou d'insouciance à son égard est une caractéristique de l'intention coupable du crime de viol. Lord Hailsham, notamment, a adopté le critère formulé par le juge du procès, savoir, que la poursuite doit prouver que [TRADUCTION] « ... chaque défendeur avait l'intention d'avoir des rapports sexuels avec elle sans son consentement, non

¹⁶ [1969] V.R. 31.

¹⁷ (1970), 92 W.N. (N.S.W.) 223.

¹⁶ [1969] V.R. 31.

¹⁷ (1970), 92 W.N. (N.S.W.) 223.

to have intercourse without her consent". (at p. 209) Lord Hailsham added the qualification, if an accused is reckless as to consent, that is equivalent, on ordinary principles, to an intent to do the prohibited act without consent. Lord Simon, though dissenting on the issue of whether a belief must be reasonably held, was succinct:

The *actus reus* is sexual intercourse with a woman who is not in fact consenting to such intercourse. The *mens rea* is knowledge that the woman is not consenting or recklessness as to whether she is consenting or not. (at p. 218)

In the view of Lord Edmund-Davies, also in dissent, it is incorrect to regard rape as involving no mental element save the intention to have intercourse; knowledge by the accused of the woman's unwillingness to have intercourse is essential to the crime. (at p. 225) (See also Lord Fraser of Tullybelton, at p. 237).

Following the *Morgan* decision, the Home Secretary commissioned an inquiry and the *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (the Heilbron Report) was soon published (1975). The mandate of the Group was to consider whether the *Morgan* decision necessitated immediate statutory reform. In the course of its report, which approved the principles elucidated in *Morgan*, the following is stated, at para. 23:

The mental element, which the prosecution must additionally establish (*i.e.* to the *actus reus*) is an intention by the defendant to have sexual intercourse either knowing that she does not consent, or recklessly not caring whether she consents or not.

Moreover, the Group agreed that a mistaken though genuine belief is inconsistent with, and negatives, the requisite mental element. Such a belief need not be reasonably held, although the reasonableness of it is a relevant consideration for the jury. It is no longer disputed that, in England, perception of the woman's consent is an aspect of the mental element in crimes of rape.

Turning to Canada and the intention requisite for a s. 143 offence, the most recent decision is

seulement d'avoir des rapports sexuels avec elle mais d'avoir des rapports sexuels sans son consentement». (à la p. 209) lord Hailsham a ajouté la restriction que si l'accusé ne se soucie pas du consentement, cela équivaut, en principe, à une intention de commettre l'acte prohibé en l'absence de consentement. Quoique dissident sur la question de savoir si une croyance doit se fonder sur des motifs raisonnables, lord Simon a dit succinctement:

[TRADUCTION] Dans ce cas, les rapports sexuels avec une femme, sans son consentement, constituent l'*actus reus* et la *mens rea* consiste à savoir que la femme n'y consent pas ou à ne pas se soucier du consentement ou de l'absence de consentement. (à la p. 218)

Selon lord Edmund-Davies, également dissident, il est erroné de considérer que le viol ne comporte pas d'élément mental à part l'intention d'avoir des rapports sexuels; il est essentiel que l'accusé sache que la femme ne consent pas aux rapports sexuels. (à la p. 225) (Voir également lord Fraser of Tullybelton, à la p. 237).

A la suite de l'arrêt *Morgan*, le secrétaire de l'Intérieur a ouvert une enquête et le *Report of the Advisory Group on the Law of Rape* (le rapport Heilbron) a été publié peu après en 1975. Le *Group* avait pour mandat d'examiner si l'arrêt *Morgan* exigeait une refonte législative immédiate. Dans ce rapport, qui approuve les principes dégagés par l'arrêt *Morgan*, on trouve ce qui suit, au par. 23:

[TRADUCTION] L'élément mental, que la poursuite doit établir en plus (c.-à-d.) de l'*actus reus*) est l'intention du défendeur d'avoir des rapports sexuels soit sachant qu'elle ne consent pas, soit sans se soucier de savoir si elle consent ou non.

De plus, le *Group* a convenu qu'une croyance erronée quoique sincère est incompatible avec l'élément mental requis et le dément. Pareille croyance n'a pas à se fonder sur des motifs raisonnables, bien que son caractère raisonnable soit un élément dont le jury doit tenir compte. Il n'est plus contesté qu'en Angleterre, la perception du consentement de la femme est un aspect de l'élément mental du viol.

En ce qui concerne le Canada et l'intention qu'exige l'infraction de l'art. 143, l'arrêt le plus

*Mazza v. The Queen*¹⁸, in which the appellant appealed his conviction in a joint trial with the co-accused Rizzuto. Mazza engaged in intercourse where no consent was given, though in circumstances somewhat different to those under which his co-accused earlier committed similar acts. Mazza arrived after the woman's submission had been induced by the threats of his cohort, and claimed in defence that he was unaware that she was, in fact, withholding consent. Chief Justice Laskin, speaking for the Court, reviewed the facts and held Mazza had no valid complaint. The trial judge had not failed to isolate the question of Mazza's possible lack of awareness of non-consent, or of honest belief there was consent. The case goes no further in its discussion of *mens rea* and mistake of fact.

The law of rape was considered by this Court in *Leary v. The Queen*¹⁹. The appeal turned on the availability of intoxication as a defence to the charge. Mr. Justice Pigeon, although disagreeing with the contention that specific intent was required, cited the following passage from the speech of Lord Simon, in the course of his review of what had been said in *Morgan* (at p. 58):

This brings me to the fourth question, namely whether rape is a crime of basic or ulterior intent. Does it involve an intent going beyond the *actus reus*? Smith and Hogan (Criminal Law, 3rd Edn, 1973, p. 47) say No. I respectfully agree. The *actus reus* is sexual intercourse with a woman who is not in fact consenting to such intercourse. *The mens rea is knowledge that the woman is not consenting or recklessness as to whether she is consenting or not. (Emphasis added.)*

The dissenting judgment in *Leary* contained this definition of the mental element:

... the Crown must prove, beyond reasonable doubt, intercourse without consent, together with (a) an intention to force intercourse notwithstanding absence of consent, or (b) a realization that the conduct may lead to non-consensual intercourse and a recklessness or indifference to that consequence ensuing. It will not do

récent est celui rendu dans l'affaire *Mazza c. La Reine*¹⁸, où l'appelant interjetait appel de sa déclaration de culpabilité prononcée à un procès conjoint avec le coaccusé Rizzuto. Mazza a eu des rapports sexuels alors qu'il n'y avait pas consentement, quoique dans des circonstances quelque peu différentes de celles dans lesquelles son coaccusé avait plus tôt commis des actes semblables. Mazza est arrivé après que la soumission de la femme eut été obtenue par les menaces de son complice, et a prétendu en défense qu'il ignorait qu'en fait, elle ne consentait pas. Le juge en chef Laskin, au nom de la Cour, a analysé les faits et a décidé que Mazza ne pouvait valablement se plaindre. Le juge du procès n'avait pas omis de traiter séparément de l'ignorance possible de Mazza quant à l'absence de consentement ni de sa croyance sincère au consentement. Cet arrêt ne traite pas plus à fond de la *mens rea* et de l'erreur de fait.

Cette Cour a examiné le droit relatif au viol dans l'arrêt *Leary c. La Reine*¹⁹. Le sort du pourvoi dépendait de la possibilité d'invoquer l'ivresse comme moyen de défense à l'accusation. Quoiqu'il rejette la prétention qu'une intention spécifique est requise, M. le juge Pigeon analyse ce qui a été dit dans l'arrêt *Morgan* et cite le passage suivant de l'opinion de lord Simon (à la p. 58):

[TRADUCTION] J'en viens donc à la quatrième question, celle de savoir si le viol est un crime d'intention générale ou d'intention arrêtée. Implique-t-il une intention qui va au-delà de l'*actus reus*? Les auteurs Smith et Hogan (Criminal Law, 3^e ed., 1973, p. 47) disent que non et je partage leur opinion. Dans ce cas, les rapports sexuels avec une femme, sans son consentement, constituent l'*actus reus* et la *mens rea* consiste à savoir que la femme n'y consent pas ou à ne pas se soucier du consentement ou de l'absence de consentement. (J'ai mis des mots en italique.)

L'opinion dissidente dans l'arrêt *Leary* contient la définition suivante de l'élément mental:

... le ministre public doit prouver, au-delà de tout doute raisonnable, l'absence de consentement de la femme, plus a) l'intention de la contraindre aux rapports sexuels même en l'absence de consentement ou b) la conscience que ce comportement peut conduire à des rapports sexuels sans le consentement de la femme, accompagnée

¹⁸ [1978] 2 S.C.R. 907.

¹⁹ [1978] 1 S.C.R. 29.

¹⁸ [1978] 2 R.C.S. 907.

¹⁹ [1978] 1 R.C.S. 29.

simply to say that because the accused committed the physical act and the woman did not consent, he must be taken to have intended to have intercourse without consent. (at p. 35)

Two decisions rendered in provincial courts of appeal bear comment. In *R. v. Bresse, Vallières and Théberge*²⁰, Myrand J.A., speaking for the majority of the Quebec Court of Appeal, accepted knowledge of lack of consent as a positive aspect of the crime of rape:

[TRANSLATION] In any matter of rape, two mental elements must be considered; the one relates to the victim, the other to the aggressor. With regard to the victim, it is the absence of consent to the sexual relations; with regard to the aggressor, it is the desire to impose sexual relations upon the victim. The latter element assumes the knowledge by the accused of the lack of consent of the victim. (at pp. 81-2)

He concluded that where the attitude of the woman is equivocal as to consent, it cannot be said there is no evidence for a jury on the issue of sincere belief in consent.

In *R. v. Plummer and Brown*²¹, the appellant Brown arrived after earlier acts of intercourse had been induced by threats and was alerted to the possibility that consent was not forthcoming, as the girl was crying when he entered the room. On appeal from his conviction, the Ontario Court of Appeal, without reference to, or review of, any of the case authorities, held:

There must be a direction to the jury, that if the Crown fails to establish beyond a reasonable doubt that the circumstances were such that Brown could not honestly believe her consent was voluntary, then he must be acquitted. (at p. 500)

It will thus be seen that the great weight of authority is in support of the view that the accused's perception of the woman's consent is an important aspect of any prosecution for the crime of rape. Counsel for the Crown in the instant appeal reviewed and compared s. 143 of the *Code* with other Part IV *Code* offences, to make the point that the subjective belief of an accused is no

d'une totale indifférence à l'égard des conséquences éventuelles. Il ne suffit pas de dire que l'accusé a commis l'acte sans le consentement de la femme, il faut qu'il ait eu l'intention d'avoir des rapports sexuels sans le consentement de cette dernière. (à la p. 35)

Deux arrêts rendus par des cours d'appel provinciales sont pertinents. Dans *R. c. Bresse, Vallières et Théberge*²⁰, le juge Mayrand, au nom de la majorité de la Cour d'appel du Québec, a reconnu que la connaissance de l'absence de consentement était un aspect positif du viol:

Dans toute affaire de viol, deux éléments psychologiques doivent être considérés; l'un se rapporte à la victime, l'autre à l'agresseur. Du côté de la victime, c'est l'absence de consentement au rapport sexuel; du côté de l'agresseur, c'est la volonté d'imposer un rapport sexuel à la victime. Ce dernier élément suppose la connaissance par l'accusé du défaut de consentement de la victime (à la p. 448).

Il a conclu que lorsque l'attitude de la femme est équivoque sur la question du consentement, on ne peut dire qu'il n'y a pas de preuve à soumettre à un jury sur la question de la croyance sincère au consentement.

Dans l'arrêt *R. v. Plummer and Brown*²¹, l'appellant Brown est arrivé après que des rapports sexuels eurent déjà été obtenus par des menaces, et la possibilité de l'absence de consentement était là puisque la fille pleurait lorsqu'il est entré dans la pièce. En appel de sa déclaration de culpabilité, la Cour d'appel de l'Ontario, sans faire mention de la jurisprudence, ou sans l'examiner, a décidé que:

[TRANSLATION] On doit dire au jury que si le ministère public n'établit pas au-delà de tout doute raisonnable que les circonstances étaient telles que Brown ne pouvait de bonne foi croire que son consentement était volontaire, il doit être acquitté. (à la p. 500)

On voit donc que la jurisprudence penche lourdement en faveur de l'opinion que la perception qu'a l'accusé du consentement de la femme est un élément important de toute poursuite pour viol. Le substitut du procureur général en l'espèce a analysé l'art. 143 du *Code* et l'a comparé avec d'autres infractions de la Partie IV du *Code*, pour faire ressortir que le ministère public n'a pas à établir la

²⁰ (1978), 48 C.C.C. (2d) 78, [1978] C.A. 443.

²¹ (1975), 24 C.C.C. (2d) 497.

²⁰ [1978] C.A. 443, (1978), 48 C.C.C. (2d) 78.

²¹ (1975), 24 C.C.C. (2d) 497.

part of the case to be proved by the Crown. It was contended that, since reference to intention to proceed in the absence of consent is lacking in s. 143, the statutory wording prevails over case authorities which consider the mental element in terms of the common law definition. Section 148 of the *Code* was cited in comparison. This section specifies as an ingredient of the offence, knowledge or reason for belief that the female person is, by reason of her mental condition, incapable of giving a reasonable consent. Knowledge of the existence of a blood relationship is a constituent element of the crime of incest, spelled out in s. 150 of the *Code*.

One cannot assume, on the strength of these two sections, that there is no *mens rea* element relating to consent, for crimes of rape. Parliament does not consistently employ wording which indicates express levels of intention (such as knowingly, intentionally, wilfully) for all offences which undoubtedly import a mental element. Even within Part IV, there is no consistency in the wording of the offences. I do not think the determination of the mental element for rape turns, in any way, on a comparative analysis of the wording for Part IV offences.

I refer to the statement by Lord Reid in *Sweet v. Parsley*²²:

... for it is firmly established by a host of authorities that *mens rea* is an essential ingredient of every offence unless some reason can be found for holding that that is not necessary. It is also firmly established that the fact that other sections of the *Act* expressly require *mens rea*, for example because they contain the word 'knowingly', is not in itself sufficient to justify a decision that a section which is silent as to *mens rea* creates an absolute offence. (at p. 350)

In summary, intention or recklessness must be proved in relation to all elements of the offence, including absence of consent. This simply extends to rape the same general order of intention as in other crimes.

croyance subjective d'un accusé. Il a fait valoir que, puisque l'art. 143 ne mentionne pas l'intention d'agir en l'absence de consentement, les termes de la loi l'emportent sur la jurisprudence qui considère l'élément mental en fonction de la définition de *common law*. Il a fait une comparaison avec l'art. 148 du *Code*. Cet article spécifie, comme élément de l'infraction, la connaissance ou des raisons de croire que la personne du sexe féminin est, à cause de son état mental, incapable de donner un consentement raisonnable. La connaissance de l'existence d'un lien du sang est un élément constitutif de l'inceste, prévu à l'art. 150 du *Code*.

Il est impossible de présumer, sur le fondement de ces deux articles, qu'il n'y a pas d'élément de *mens rea* relatif au consentement dans les crimes de viol. Le Parlement n'emploie pas toujours des termes qui indiquent des niveaux donnés d'intention (comme sciemment, intentionnellement, volontairement) pour toutes les infractions qui comportent sans aucun doute un élément mental. Même dans la Partie IV, les termes employés pour définir les infractions ne sont pas partout identiques. Je ne crois pas que la définition de l'élément mental du viol dépende, de quelque façon, d'une analyse comparative des termes employés dans les infractions de la Partie IV.

Je renvoie à l'énoncé de lord Reid dans l'arrêt *Sweet v. Parsley*²²:

[TRADUCTION] ... une jurisprudence abondante a bien établi que la *mens rea* est un élément essentiel de toute infraction à moins qu'il n'y ait quelque raison de décider qu'elle n'est pas nécessaire. Il est également bien établi que le fait que d'autres articles de la *Loi* exigent la *mens rea* en termes exprès, parce qu'ils emploient le terme «sciemment», n'est pas en soi suffisant pour décider qu'un article qui est muet sur cette question crée une infraction absolue. (à la p. 350)

En résumé, il faut établir l'intention ou l'insouciance à l'égard de tous les éléments de l'infraction, y compris l'absence de consentement. Cela étend simplement au viol une intention du même genre que celle que l'on requiert dans les autres crimes.

²² [1969] 1 All E.R. 347.

²² [1969] 1 All E.R. 347.

II

Mistake of Fact

Belief by an accused in a mistaken set of facts has not always afforded an answer to a criminal charge. By the early criminal law, the only real defence that could be raised was that an act had not been voluntary and, therefore, could not be imputed to the accused. Thus it was possible in some cases to excuse a man who had acted under a mistake, by the argument that his conduct was not truly voluntary (*Russell on Crime*, Vol. 1 (12th ed.), at p. 71). In the seventeenth century, Hale wrote: "But in some cases *ignorantia facti* doth excuse, for such an ignorance many times makes the act itself morally involuntary." (1 *Pleas of the Crown* 42)

The leading English cases on mistake of fact are, of course, *R. v. Prince*²³ and *R. v. Tolson*²⁴. In the *Prince* decision (at p. 152), Brett J. cited from *Blackstone's Commentaries*:

Ignorance or mistake is another defect of will, when a man intending to do a lawful act does that which is unlawful. For here, the deed and the will, acting separately, there is not that conjunction between them which is necessary to form a criminal act . . .

Brett J. held that mistake, as a defence, applies whenever facts are present, in which an accused believes and has reasonable ground to believe, which if true, would render his act innocent and not a crime. The *Tolson* case, following *Prince*, considered the extent to which a mistaken, though honest and reasonable, belief that the first spouse was dead could afford a defence to a charge of bigamy. The classic statement is that of Cave J.:

At common law an honest and reasonable belief in the existence of circumstances, which, if true, would make the act for which the prisoner is indicted an innocent act has always been held to be a good defence. (at p. 181)

An honest and reasonable mistake of fact is on the same footing as the absence of a reasoning

²³ (1875), 13 Cox C.C. 138.

²⁴ (1889), 23 Q.B. 168.

II

L'erreur de fait

La croyance qu'a un accusé d'une situation de fait erronée n'a pas toujours offert un moyen de défense à une accusation criminelle. Dans le droit criminel ancien, le seul véritable moyen de défense que pouvait soulever un accusé était qu'un acte, n'étant pas volontaire, ne pouvait lui être imputé. Il était donc possible dans certains cas d'exonérer un individu qui avait agi par erreur, au motif que sa conduite n'était pas véritablement volontaire (*Russell on Crime*, Vol. 1 (12^e éd.) à la p. 71). Au dix-septième siècle, Hale écrit: [TRADUCTION] «Mais dans certains cas *ignorantia facti* constitue une excuse, car cette ignorance rend souvent l'acte lui-même moralement involontaire.» (1 *Pleas of the Crown* 42)

Les arrêts-clés anglais sur l'erreur de fait sont évidemment *R. v. Prince*²³ et *R. v. Tolson*²⁴. Dans l'arrêt *Prince* (p. 152), le juge Brett cite cet extrait tiré de *Blackstone's Commentaries*:

[TRADUCTION] L'ignorance ou l'erreur est un autre défaut qui affecte la volonté, quand un individu avec l'intention d'agir légalement commet un acte illégal. Dans ce cas, en effet, comme l'acte et la volonté agissent séparément, on ne trouve pas la conjonction qui est nécessaire pour qu'il y ait un acte criminel . . .

Le juge Brett décide que l'erreur constitue un moyen de défense lorsqu'il y a des faits, auxquels l'accusé croit et a des motifs raisonnables de croire, qui, s'ils existaient, rendraient son acte licite. L'arrêt *Tolson*, qui a suivi l'arrêt *Prince*, examine la mesure dans laquelle une croyance erronée, quoique sincère et raisonnable, que la première épouse était décédée, peut constituer un moyen de défense à une accusation de bigamie. L'énoncé classique est celui du juge Cave:

[TRADUCTION] On a toujours considéré en *common law* qu'une croyance sincère et raisonnable en l'existence de circonstances qui, si elles existaient, rendraient licite l'acte dont le prévenu est accusé, constitue un moyen de défense valable. (à la p. 181)

Une erreur de fait de bonne foi et fondée sur des motifs raisonnables est comparable à l'absence de

²³ (1875), 13 Cox C.C. 138.

²⁴ (1889), 23 Q.B. 168.

faculty, as with infants, or impairment of the faculty, as in lunacy (*Tolson*, at p. 181). Culpability rests upon commission of the offence with knowledge of the facts and circumstances comprising the crime. If, according to an accused's belief concerning the facts, his act is criminal, then he intended the offence and can be punished. If, on the other hand, his act would be innocent, according to facts as he believed them to be, he does not have the criminal mind and ought not to be punished for his act. (See E. R. Keedy, "Ignorance and Mistake in the Criminal Law", 22 *Harvard L.R.* 75, 82).

As stated by Mr. Justice Dixon, as he then was, in *Thomas v. The King*²⁵:

States of volition are necessarily dependent upon states of fact, and a mistaken belief in the existence of circumstances cannot be separated from the manifestation of the will which it prompts . . . the nature of an act of volition may be of an entirely different description if it is based on mistake of fact. The state of facts assumed must often enter into the determination of the will. It would be strange if our criminal law did not contain this principle and treat it as fundamental. (at pp. 299-300)

Mistake is a defence, then, where it prevents an accused from having the *mens rea* which the law requires for the very crime with which he is charged. Mistake of fact is more accurately seen as a negation of guilty intention than as the affirmation of a positive defence. It avails an accused who acts innocently, pursuant to a flawed perception of the facts, and nonetheless commits the *actus reus* of an offence. Mistake is a defence though, in the sense that it is raised as an issue by an accused. The Crown is rarely possessed of knowledge of the subjective factors which may have caused an accused to entertain a belief in a fallacious set of facts.

If I am correct that: (i) s. 143 of the *Criminal Code* imports a *mens rea* requirement, and (ii) the *mens rea* of rape includes intention, or recklessness as to non-consent of the complainant, a mistake that negates intention or recklessness entitles the accused to an acquittal. Glanville Williams notes

²⁵ (1937), 59 C.L.R. 279.

faculté de raisonnement, dans le cas des jeunes enfants, ou à son affaiblissement, dans les cas de démence (*Tolson*, à la p. 181). La culpabilité repose sur la perpétration de l'infraction en connaissance des faits et circonstances qui constituent l'acte criminel. Si, compte tenu des faits auxquels un prévenu croit, son acte est criminel, il a alors eu l'intention de commettre l'infraction et peut être puni. Si, par contre, son acte est licite compte tenu des faits qu'il croyait exister, il n'a pas la volonté criminelle et ne devrait pas être puni. (Voir E.R. Keedy, «Ignorance and Mistake in the Criminal Law», 22 *Harvard L.R.* 75, 82).

Comme l'a dit le juge Dixon, tel était alors son titre, dans l'arrêt *Thomas v. The King*²⁵:

[TRADUCTION] Les états d'esprit dépendent nécessairement d'états de fait, et une croyance erronée en l'existence de circonstances ne peut être séparée de la manifestation de volonté qu'elle provoque . . . la nature d'un acte de volonté peut être d'une nature entièrement différente s'il se fonde sur une erreur de fait. L'état de fait présumé joue souvent un rôle pour déterminer l'état d'esprit. Il serait étrange que notre droit criminel ne contienne pas ce principe et ne le considère pas comme fondamental. (aux pp. 299, 300)

L'erreur constitue donc un moyen de défense lorsqu'elle empêche un accusé de former la *mens rea* exigée en droit pour l'infraction même dont on l'accuse. L'erreur de fait est plus justement décrite comme une négation d'intention coupable que comme un moyen de défense positif. Un accusé peut l'invoquer lorsqu'il agit innocemment, par suite d'une perception viciée des faits, et qu'il commet néanmoins l'*actus reus* d'une infraction. L'erreur constitue cependant un moyen de défense, en ce sens que c'est l'accusé qui le soulève. Le ministère public connaît rarement les facteurs subjectifs qui ont pu amener un accusé à croire à l'existence de faits erronés.

Si j'ai raison de dire que: (i) l'art. 143 du *Code criminel* exige une *mens rea*, et (ii) la *mens rea* du viol inclut l'intention, ou l'insouciance quant au non-consentement de la plaignante, une erreur qui dément l'intention ou l'insouciance donne à l'accusé le droit d'être acquitté. Glanville Williams

²⁵ (1937), 159 C.L.R. 279.

(*Criminal Law, The General Part*, p. 173, para. 65):

It is impossible to assert that a crime requiring intention or recklessness can be committed although the accused laboured under a mistake negating the requisite intention or recklessness. Such an assertion carries its own refutation.

Howard (*Criminal Law* (3rd. ed.)) points out that rape is aimed at the protection of women from forcible subjection to non-marital sexual intercourse, but that the facts of life not infrequently impede the drawing of a clean line between consensual and non-consensual intercourse:

... it is easy for a man intent upon his own desires to mistake the intentions of a woman or girl who may herself be in two minds about what to do. Even if he makes no mistake it is not unknown for a woman afterwards either to take fright or for some other reason to regret what has happened and seek to justify herself retrospectively by accusing the man of rape. (at p. 149)

I do not think the defence of mistaken belief can be restricted to those situations in which the belief has been induced by information received from a third party. That was the situation in the *Morgan* case. In *Morgan*, the belief in consent was induced by information related by the complainant's husband, who spoke of his wife's sexual propensities. The foundation for the defence, incredible as it turned out to be, in view of the violence, was the misinformation of the husband. Had the defendants believed that information, and had the wife's overt conduct been relatively consistent with it, the defendants would have had a defence. That is the effect of the *dicta* of the House of Lords in the *Morgan* case.

In principle, the defence should avail when there is an honest belief in consent, or an absence of knowledge that consent has been withheld. Whether the mistake is rooted in an accused's mistaken perception, or is based upon objective, but incorrect, facts confided to him by another, should be of no consequence. The kind of mistaken fact pleaded by the *Morgan* defendants, however, is more likely to be believed than a bald assertion of mistaken belief during a face to face encounter. In any

note (*Criminal Law, The General Part*, p. 173, par. 65) que:

[TRANSLATION] Il est impossible d'affirmer qu'un acte criminel qui exige l'intention ou l'insouciance peut être commis alors que l'accusé a agi sous l'effet d'une erreur qui dément l'intention ou l'insouciance requise. Cette affirmation contient sa propre réfutation.

Howard (*Criminal Law* (3^e éd.)) fait remarquer que le viol vise à protéger les femmes contre une contrainte à des rapports sexuels hors du mariage, mais qu'il n'est pas rare que la réalité des choses empêche de départager clairement les rapports sexuels de consentement et ceux où il y a absence de consentement:

[TRANSLATION] ... il est facile pour un homme attentif à son propre désir de se tromper sur les intentions d'une femme ou d'une fille qui elle-même peut hésiter sur quoi faire. Même s'il ne se trompe pas, on a déjà vu une femme par la suite soit prendre peur soit pour d'autres raisons regretter ce qui s'est passé et chercher à se justifier rétroactivement en accusant l'homme de viol. (à la p. 149)

Je ne crois pas que l'on puisse restreindre le moyen de défense de croyance erronée aux seules situations où la croyance résulte de renseignements reçus d'un tiers. C'était la situation dans l'affaire *Morgan*. La croyance au consentement y résultait de renseignements fournis par le mari de la plaignante, qui avait parlé des tendances sexuelles de son épouse. Le fondement du moyen de défense, si incroyable qu'il se soit avéré compte tenu de la violence, était les faux renseignements donnés par le mari. Si les défendeurs avaient cru aux renseignements et si le comportement manifeste de l'épouse avait été relativement compatible avec eux, les défendeurs auraient pu invoquer ce moyen de défense. C'est là la portée des *dicta* de la Chambre des lords dans cet arrêt.

En principe, on devrait pouvoir plaider ce moyen de défense lorsqu'il y a croyance sincère au consentement, ou ignorance quant à l'absence de consentement. Que l'erreur prenne sa source dans la perception erronée de l'accusé, ou se fonde sur des faits objectifs mais inexacts qu'un tiers lui a confiés, ne devrait pas avoir d'incidence. Des faits erronés du genre de ceux plaidés par les défendeurs dans l'affaire *Morgan*, cependant, ont plus de chance d'être crus qu'une simple assertion d'une

event, it is clear that the defence is available only where there is sufficient evidence presented by an accused, by his testimony or by the circumstances in which the act occurred, to found the plea.

III

Honest and Reasonable Mistake

The next question which must be broached is whether a defence of honest, though mistaken, belief in consent must be based on reasonable grounds. A majority of the House of Lords in *Morgan* answered the question in the negative, and that view was affirmed by the Heilbron Committee. There can be no doubt this answer is consonant with principle. As Professor Keedy has written (22 *Harv. L. Rev.* 75, at p. 88), an act is reasonable in law when it is such as a man of ordinary care would do under similar circumstances; to require that the mistake be reasonable means that, if the accused is to have a defence, he must have acted up to the standard of an average man, whether the accused is himself such a man or not; this is the application of an outer standard to the individual; if the accused is to be punished because his mistake is one which an average man would not make, punishment will sometimes be inflicted when the criminal mind does not exist.

In other jurisdictions, there are divergent decisions and *dicta* on the question whether mistaken belief must be based on reasonable grounds to exculpate. In the affirmative are such bigamy cases as *Tolson, supra*; *Thomas, supra*; *R. v. King*²⁶ and *R. v. Gould*²⁷. Non-bigamy cases are *Prince, supra*; *Bank of New South Wales v. Piper*²⁸, *R. v. Warner*²⁹ and *Sweet v. Parsley, supra*. In the majority of cases in which the courts view the mistake as a defence only if made on

²⁶ [1963] 3 All E. R. 561.

²⁷ [1968] 1 All E. R. 849.

²⁸ [1897] A. C. 383.

²⁹ [1969] 2 A. C. 256.

croyance erronée pendant une rencontre en personne. Quoi qu'il en soit, il est clair que le recours à ce moyen de défense n'est possible que lorsqu'un accusé produit une preuve suffisante à l'appui, par son témoignage ou par les circonstances qui ont entouré l'acte.

III

L'erreur de bonne foi, fondée sur des motifs raisonnables

La question qu'il faut aborder ensuite est celle de savoir si croire de bonne foi, quoiqu'à tort, au consentement est un moyen de défense qui doit se fonder sur des motifs raisonnables. La Chambre des lords, à la majorité, a répondu à cette question par la négative dans l'arrêt *Morgan*, et cette opinion a été confirmée par la Commission Heilbron. Il est indubitable que cette réponse est conforme aux principes. Comme l'a écrit le professeur Keedy (22 *Harv. L. Rev.* 75 à la p. 88), un acte est raisonnable en droit lorsque c'est celui que l'homme normalement diligent accomplirait dans des circonstances semblables; exiger que l'erreur soit fondée sur des motifs raisonnables signifie que, pour que l'accusé ait un moyen de défense, ses actes doivent se conformer à la norme de l'homme moyen, qu'il en soit un ou non; c'est appliquer une norme extérieure à l'individu; si l'accusé doit être puni parce que son erreur en est une qu'un homme moyen n'aurait pas commise, on infligera parfois une punition alors qu'il n'y a pas de volonté criminelle.

Dans d'autres juridictions, on trouve des décisions et des *dicta* divergents sur la question de savoir si la croyance erronée doit se fonder sur des motifs raisonnables pour qu'il y ait exonération. Des arrêts portant sur la bigamie, comme *Tolson*, précité, *Thomas*, précité, *R. v. King*²⁶ et *R. v. Gould*²⁷, répondent par l'affirmative. Des arrêts ne portant pas sur la bigamie sont *Prince*, précité, *Bank of New South Wales v. Piper*²⁸, *R. v. Warner*²⁹ et *Sweet v. Parsley*, précité. Dans la

²⁶ [1963] 3 All E. R. 561.

²⁷ [1968] 1 All E. R. 849.

²⁸ [1897] A. C. 383.

²⁹ [1969] 2 A. C. 256.

reasonable grounds, such as in *Tolson*, that view is not a necessary part of the *ratio decidendi*.

Among the cases in which mistaken belief was considered, and a test of reasonableness applied, are *Flannery, supra, R. v. Bourke*³⁰ and *Sperotto and Salviatti, supra*. Cases to the contrary are: *Thorne v. Motor Trade Association*³¹, *Wilson v. Inyang*³², *R. v. Smith*³³, *R. v. Brown*³⁴. Virtually unanimous rejection of the added requirement of "reasonableness" is to be found in the scholarly writings: Glanville Williams (*Criminal Law, The General Part*, para. 70, at p. 201): "The idea that a mistake, to be a defence, must be reasonable, though lurking in some of the cases, is certainly not true as a general proposition"; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, at p. 100; *Howard, supra*, at pp. 153-4; Smith & Hogan, *Criminal Law* (4th ed.), at p. 182; *Russell on Crime* (12th ed), at p. 76; J. C. Smith (1975), *Crim. L.R.* 41; Morris and Turner, 2 *U. of Queensland L.J.* 247.

In Canada, the *Tolson* rule has already been rejected by this Court in favour of the honest belief standard. Unless this Court wishes to overrule *Beaver v. The Queen*³⁵, it is difficult to see how the minority in *Morgan* can decide this appeal.

In *R. v. Rees*³⁶, the issue was whether there is *mens rea* for the offence of knowingly or wilfully contributing to juvenile delinquency. Cartwright J. set out the *Tolson* test and then held as follows:

plupart des cas où les tribunaux ont considéré que l'erreur ne constitue un moyen de défense que si elle se fonde sur des motifs raisonnables, comme dans l'arrêt *Tolson*, cette opinion n'est pas une partie essentielle de la *ratio decidendi*.

Parmi les affaires dans lesquelles on a étudié la notion de croyance erronée et appliqué le critère du caractère raisonnable, on trouve *Flannery*, précité, *R. v. Bourke*³⁰ et *Sperotto and Salviatti*, précité. Des arrêts au contraire sont: *Thorne v. Motor Trade Association*³¹, *Wilson v. Inyang*³², *R. v. Smith*³³, *R. v. Brown*³⁴. Les auteurs ont rejeté presque à l'unanimité l'exigence supplémentaire du «caractère raisonnable»: Glanville Williams (*Criminal Law, The General Part*, par. 70, à la p. 201): [TRADUCTION] «L'idée qu'une erreur, pour constituer un moyen de défense, doit être fondée sur des motifs raisonnables, bien que sous-jacente à certaines décisions, n'est certainement pas exacte comme principe général»; Glanville Williams, *Textbook of Criminal Law*, à la p. 100; *Howard*, précité, aux pp. 153 et 154; Smith & Hogan, *Criminal Law* (4^e éd.) à la p. 182; *Russell on Crime* (12^e éd.) à la p. 76; J.C. Smith (1975), *Crim. L.R.* 41; Morris and Turner, 2 *U. of Queensland L.J.* 247.

Au Canada, cette Cour a déjà rejeté la règle énoncée dans l'arrêt *Tolson* au profit du critère de la croyance sincère. A moins que cette Cour ne désire juger le contraire de l'arrêt *Beaver c. La Reine*³⁵, il est difficile de voir comment l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Morgan* peut disposer de ce pourvoi.

Dans *R. c. Rees*³⁶, il s'agissait de savoir si la *mens rea* était nécessaire à l'infraction qui consiste à contribuer sciemment ou de propos délibérés à la délinquance juvénile. Le juge Cartwright a cité le critère énoncé dans l'arrêt *Tolson* puis a décidé ce qui suit:

³⁰ (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 793.

³¹ [1937] A.C. 797.

³² [1951] 2 All E.R. 237.

³³ [1974] 1 All E.R. 632.

³⁴ (1975), 10 S.A.S.R. 139.

³⁵ [1957] S.C.R. 531.

³⁶ [1956] S.C.R. 640.

³⁰ (1970), 91 W.N. (N.S.W.) 793.

³¹ [1937] A.C. 797.

³² [1951] 2 All E.R. 237.

³³ [1974] 1 All E.R. 632.

³⁴ (1975), 10 S.A.S.R. 139.

³⁵ [1957] R.C.S. 531.

³⁶ [1956] R.C.S. 640.

The first of the statements of Stephen J., quoted above should now be read in the light of the judgment of Lord Goddard C.J., concurred in by Lynskey and Devlin J.J. in *Wilson v. Inyang* which, in my opinion, rightly decides that the essential question is whether the belief entertained by the accused is an honest one and that the existence or non-existence of reasonable grounds for such belief is merely relevant evidence to be weighed by the tribunal of fact in determining such essential question. (at p. 651)

One year later, in *Beaver v. The Queen, supra*, a narcotics case, the opinion of Mr. Justice Cartwright was accepted by a majority of the Court. He adopted the paragraph quoted above from *Rees*. *Beaver* has since been regarded as an authoritative contribution to the law as to mental element, and mistaken belief, in true crimes.

It is not clear how one can properly relate reasonableness (an element in offences of negligence) to rape (a "true crime" and not an offence of negligence). To do so, one must, I think take the view that the *mens rea* goes only to the physical act of intercourse and not to non-consent, and acquittal comes only if the mistake is reasonable. This, upon the authorities, is not a correct view, the intent in rape being not merely to have intercourse, but to have it with a non-consenting woman. If the jury finds that mistake, whether reasonable or unreasonable, there should be no conviction. If, upon the entire record, there is evidence of mistake to cast a reasonable doubt upon the existence of a criminal mind, then the prosecution has failed to make its case. In an article by Professor Colin Howard (4 *U. of Queensland L.J.* 45), the following is offered:

To crimes of *mens rea*, or elements of a crime which requires *mens rea*, mistake of fact *simpliciter* is a defence; to crimes of negligence, or elements of an offence which requires only negligence, mistake of fact is a defence only if the mistake was in all the circumstances a reasonable one to make. (at p. 47)

[TRANSLATION] ... la première des conclusions susmentionnées du juge Stephen doit être maintenant considérée à la lumière du jugement rendu par le juge en chef lord Goddard, auquel ont souscrit les juges Lynskey et Devlin, dans *Wilson v. Inyang*. Ce jugement a conclu, fort justement à mon avis, que la question essentielle est de savoir si la croyance de l'accusé est sincère et que l'existence ou l'absence de motifs raisonnables constitue une preuve pertinente qu'il appartient au juge du fond d'apprécier lorsqu'il tranche cette question essentielle. (à la p. 651)

Un an plus tard, dans l'arrêt *Beaver c. La Reine*, précité, une affaire de stupéfiants, l'opinion du juge Cartwright a été acceptée par cette Cour, à la majorité. Il a adopté l'alinéa précité de l'arrêt *Rees*. L'arrêt *Beaver* est considéré depuis comme faisant autorité en droit sur la question de l'élément mental, et de la croyance erronée, dans les infractions criminelles réelles.

On ne voit pas clairement comment l'on peut relier à bon droit le caractère raisonnable (un élément des infractions de négligence) au viol (une «infraction criminelle réelle» et non une infraction de négligence). Pour ce faire, il faut, à mon avis, considérer que la *mens rea* ne concerne que le rapport sexuel lui-même et non l'absence de consentement, et que l'acquittement est seulement possible si l'erreur est fondée sur des motifs raisonnables. Selon la jurisprudence, ce point de vue n'est pas juste car l'intention dans le viol n'est pas seulement celle d'avoir des rapports sexuels, mais de les avoir avec une femme qui n'y consent pas. Si le jury décide qu'il y a eu erreur à ce sujet, qu'elle soit fondée ou non, il devrait y avoir acquittement. Si, compte tenu de tout le dossier, il y a une preuve d'erreur qui jette un doute raisonnable sur l'existence d'une volonté criminelle, la poursuite a échoué. Dans un article de M. Colin Howard (4 *U. of Queensland L.J.*) 45), on lit:

[TRANSLATION] L'erreur de fait en soi constitue un moyen de défense dans le cas des crimes exigeant la *mens rea*, ou d'éléments d'un crime qui l'exige; l'erreur de fait ne constitue un moyen de défense dans le cas d'un crime de négligence, ou d'éléments d'une infraction qui exige seulement la négligence, que si l'erreur est fondée sur des motifs raisonnables, compte tenu de toutes les circonstances. (à la p. 47)

The same analysis is expressed by Glanville Williams, *supra*, para. 71, at p. 202.

In *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, four Law Lords agreed that having accepted the mental element of knowledge as to consent, it is inconsistent to attach a standard of reasonableness to a defence of honest belief. As Lord Hailsham pointed out, the following two propositions are totally irreconcilable:

- (i) each defendant must have intended to have sexual intercourse without her consent, not merely that he intended to have intercourse but that he intended to have intercourse without her consent;
- (ii) it is necessary for any belief in the woman's consent to be a "reasonable belief" before the defendant is entitled to be acquitted.

The difference between the majority and minority decisions in *Morgan* turned upon the way in which each Law Lord perceived the *Tolson* precedent, as being a wide-ranging and well-established principle, or as expressing a narrow rule limited in effect to bigamy and the facts at hand.

Lambert J.A., in his dissenting judgment in the instant case reasoned, on his reading of *Leary* and *Morgan*, that a defence of honest belief in consent must be based on reasonable grounds. In his view, two law Lords in *Morgan* following *Tolson*, clearly required an honest belief to be held on reasonable grounds (Lord Simon and Lord Edmund-Davies). Two others, Lord Fraser and Lord Hailsham, invoked general principles to conclude that an honest belief in consent need not be reasonably held. The decision of the fifth judge, Lord Cross, turned on a distinction drawn between statutory and common law offences. Bigamy, the offence in question in *Tolson*, was a statutory offence. Rape is not. Therefore, the *Tolson* requirement that the mistake be reasonable does not apply to rape, a crime defined by common law. Were rape to be defined by statute, the defence would be available only if supported by reasonable grounds. Lambert J.A. held that if one adapted the decision of Lord Cross to s. 143 of the *Code*, the tables would be

Glanville Williams, précité, par. 71, à la p. 202, fait la même analyse.

Dans l'arrêt *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, quatre lords juges ont reconnu qu'ayant accepté l'élément mental de la connaissance au sujet du consentement, il est illogique d'assujettir un moyen de défense de croyance sincère au critère du caractère raisonnable. Comme l'a fait remarquer lord Hailsham, les deux propositions suivantes sont totalement inconciliables:

- [TRADUCTION] (i) chaque défendeur doit avoir eu l'intention d'avoir des rapports sexuels avec elle sans son consentement, pas seulement d'avoir des rapports sexuels mais d'avoir des rapports sexuels sans son consentement;
- (ii) toute croyance dans le consentement de la femme doit être une «croyance fondée sur des motifs raisonnables» pour que le défendeur ait droit d'être acquitté.

La différence entre l'opinion majoritaire et l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Morgan* découle de la perception qu'avait chaque lord juge de l'arrêt antérieur *Tolson*: pour les uns il s'agissait d'un principe bien établi et de portée large, pour les autres d'une règle étroite, limitée à la bigamie et aux circonstances de l'affaire.

En l'espèce, dans son opinion dissidente en Cour d'appel, le juge Lambert a fondé son raisonnement sur son interprétation des arrêts *Leary* et *Morgan*, et conclu qu'un moyen de défense de croyance sincère au consentement devait se fonder sur des motifs raisonnables. A son avis, dans l'arrêt *Morgan* deux lords juges, suivant l'arrêt *Tolson*, ont clairement exigé qu'une croyance sincère se fonde sur des motifs raisonnables (lord Simon et lord Edmund-Davies). Deux autres lords, lord Fraser et lord Hailsham, ont invoqué des principes généraux pour conclure qu'une croyance sincère au consentement n'avait pas à se fonder sur des motifs raisonnables. La décision du cinquième juge, lord Cross, est fondée sur une distinction entre les infractions créées par la loi et celles de *common law*. La bigamie, l'infraction en cause dans l'arrêt *Tolson*, est une infraction créée par la loi. Le viol n'en est pas une. Par conséquent, l'exigence énoncée dans l'arrêt *Tolson* que l'erreur doit être fondée sur des motifs raisonnables ne s'applique

turned, and a majority of the Lords would, for purposes of the *Criminal Code*, endorse the honest and reasonable test. If the distinction Lord Cross thought might be possible between statutory and common law offences would have the effect of giving a defence of unreasonable mistake to a person accused of a crime which, in express terms, imported *mens rea*, but would limit the defence to one of reasonable mistake to a person accused of a crime which imported *mens rea* only by implication, the justification for the distinction is not apparent. I am unable to see why the defence should be so limited. Rape is not a crime of strict or absolute liability. With respect, there is no compelling reason for extending to rape the misapprehension having its genesis in *Tolson*, and now endemic in English law, that makes bigamy a crime of negligence and would have a like effect if applied to statutory rape.

Mr. Justice Lambert recognized that while his conclusion was directed by precedent rather than logic, he also found it to be supported, in relation to rape, by policy and practical sense:

Why should a woman who is sexually violated by (such) a man have to defend herself by screams or blows in order to indicate her lack of consent, or have to consent through fear, for a charge of rape to be sustained? Surely a firm oral protest, sufficient to deny any reasonable grounds for belief in consent, should be a sufficient foundation in these circumstances for a charge of rape.

I am not unaware of the policy considerations advanced in support of the view that if mistake is to afford a defence to a charge of rape, it should, at the very least, be one a reasonable man might make in the circumstances. There is justifiable concern over the position of the woman who alleges she has been subjected to a non-consensual

pas au viol, un crime défini par la *common law*. Si le viol devait être défini par un texte de loi, le moyen de défense ne pourrait être soulevé que s'il se fondait sur des motifs raisonnables. Le juge Lambert a conclu que, si l'on adaptait l'opinion de lord Cross à l'art. 143 du *Code*, la situation serait renversée, et une majorité des lords, aux fins du *Code criminel*, adopterait le critère du caractère sincère et raisonnable. Si la distinction que lord Cross croyait possible entre les infractions créées par la loi et celles de *common law*, a pour effet de permettre de plaider l'erreur fondée sur des motifs déraisonnables à une personne accusée d'un crime qui exige expressément la *mens rea*, mais limite la défense à l'erreur fondée sur des motifs raisonnables dans le cas d'une personne accusée d'un crime qui n'exige la *mens rea* qu'implicitement, cette distinction n'a pas de justification évidente. Je ne vois pas pourquoi il faudrait limiter ainsi ce moyen de défense. Le viol n'est pas un crime de responsabilité stricte ou absolue. Avec égards, il n'y a aucune raison fondamentale pour que l'on étende au viol la conception erronée née de l'arrêt *Tolson*, et aujourd'hui endémique en droit anglais, qui fait de la bigamie un crime de négligence et qui aurait le même effet si on l'appliquait au viol créé par la loi.

Le juge Lambert a reconnu que bien que sa conclusion soit dictée par la jurisprudence plutôt que par la logique, elle s'appuie également, en ce qui concerne le viol, sur le sens pratique et sur les principes généraux:

[TRADUCTION] Pourquoi une femme attaquée sexuellement par (cet) homme devrait-elle, pour que l'accusation de viol puisse être prouvée, avoir à se défendre par des hurlements ou par des coups pour indiquer son absence de consentement, ou avoir à consentir par crainte? Une ferme protestation verbale, suffisante pour dissiper tout motif raisonnable de croire au consentement, devrait suffire dans ces circonstances sur une accusation de viol.

Je suis conscient des arguments de principe à l'appui de l'opinion que si l'erreur doit constituer un moyen de défense à une accusation de viol, il devrait, à tout le moins, s'agir d'une erreur qu'un homme raisonnable pourrait commettre en pareilles circonstances. On s'inquiète à bon droit de la situation de la femme qui allègue avoir été con-

sexual act; fear is expressed that subjective orthodoxy should not enable her alleged assailant to escape accountability by advancing some cock-and-bull story. The usual response of persons accused of rape is—"she consented". Are such persons now to be acquitted, simply by saying: "even if she did not consent, I believed she consented"? The concern is legitimate and real. It must, however, be placed in the balance with other relevant considerations. First, cases in which mistake can be advanced in answer to a charge of rape must be few in number. People do not normally commit rape *per incuriam*. An evidential case must exist to support the plea. Second, if the woman in her own mind withholds consent, but her conduct and other circumstances lend credence to belief on the part of the accused that she was consenting, it may be that it is unjust to convict. I do not think it will do to say that in those circumstances she, in fact, consented. In fact, she did not, and it would be open to a jury to so find. Third, it is unfair to the jury, and to the accused, to speak in terms of two beliefs, one entertained by the accused, the other by a reasonable man, and to ask the jury to ignore an actual belief in favour of an attributed belief. The mind with which the jury is concerned is that of the accused. By importing a standard external to the accused, there is created an incompatible mix of subjective and objective factors. If an honest lack of knowledge is shown, then the subjective element of the offence is not proved. The following passage from the Heilbron Report is, however, apposite:

66. *Morgan's* case did not decide, as some critics seem to have thought, that an accused person was entitled to be acquitted, however ridiculous his story might be, nor did it decide that the reasonableness or unreasonableness of his belief was irrelevant. Furthermore it is a mistaken assumption that a man is entitled to be acquitted simply because he asserts this belief, without more.

Perpetuation of fictions does little for the jury system or the integrity of criminal justice. The ongoing debate in the courts and learned journals as to whether mistake must be reasonable is conceptually important in the orderly development of

trainte à des rapports sexuels sans y consentir; on exprime la crainte que l'orthodoxie subjective ne permette pas à son présumé assaillant de s'exonérer en avançant une histoire à dormir debout. La réponse habituelle des personnes accusées de viol est—«elle a consenti». Devra-t-on désormais acquitter ces personnes, simplement parce qu'elles disent: «même si elle n'a pas consenti, je croyais qu'elle consentait»? Cette inquiétude est justifiée et légitime. Il faut cependant la soupeser par rapport à d'autres considérations pertinentes. Premièrement, les cas où l'on peut invoquer l'erreur à l'encontre d'une accusation de viol sont peu nombreux. On ne commet habituellement pas un viol par incurie. Le plaidoyer doit s'appuyer sur une preuve. Deuxièmement, si la femme ne consent pas intérieurement, mais que son comportement et d'autres circonstances rendent plausible la croyance de l'accusé à son consentement, il peut être injuste de le déclarer coupable. Je ne crois pas qu'il suffise de dire que, dans ces circonstances, elle a, en réalité, consenti. En réalité elle n'a pas consenti, et un jury pourrait conclure en ce sens. Troisièmement il est injuste envers le jury, et envers l'accusé, de parler de deux croyances, l'une, celle de l'accusé, l'autre, celle d'un homme raisonnable, et de demander au jury de faire abstraction de la croyance réelle au profit d'une croyance fictive. C'est l'esprit de l'accusé que le jury doit sonder. L'introduction d'une norme extérieure à l'accusé crée un mélange incompatible de facteurs objectifs et subjectifs. Si l'on démontre une ignorance de bonne foi, l'élément subjectif de l'infraction n'est pas établi. Cependant, le passage suivant du rapport Heilbron est à propos:

[TRADUCTION] 66. L'arrêt *Morgan* n'a pas décidé, comme certains critiques semblent l'avoir cru, qu'un accusé avait le droit d'être acquitté, quelque invraisemblable que puisse être sa version, ni que le caractère raisonnable ou non de sa croyance n'était pas pertinent. De plus, il est erroné de prétendre qu'un homme a le droit d'être acquitté simplement parce qu'il affirme avoir eu cette croyance, sans plus.

Ni le système du jury ni l'intégrité de la justice criminelle ne sont bien servis par la perpétration de fictions. Le débat actuel dans les tribunaux et les journaux spécialisés sur la question de savoir si l'erreur doit être fondée, est important sur le plan

the criminal law, but in my view, practically unimportant because the accused's statement that he was mistaken is not likely to be believed unless the mistake is, to the jury, reasonable. The jury will be concerned to consider the reasonableness of any grounds found, or asserted to be available, to support the defence of mistake. Although "reasonable grounds" is not a precondition to the availability of a plea of honest belief in consent, those grounds determine the weight to be given the defence. The reasonableness, or otherwise, of the accused's belief is only evidence for, or against, the view that the belief was actually held and the intent was, therefore, lacking.

Canadian juries, in my experience, display a high degree of common sense, and an uncanny ability to distinguish between the genuine and the specious.

The words of Dixon J. bear repeating:

... a lack of confidence in the ability of a tribunal correctly to estimate evidence of states of mind and the like can never be sufficient ground for excluding from inquiry the most fundamental element in a rational and humane criminal code. (*Thomas v. The King*, *supra*, at p. 309)

In *Textbook of Criminal Law*, at p. 102, Professor Glanville Williams states the view, with which I am in agreement, that it is proper for the trial judge to tell the jury "that if they think the alleged belief was unreasonable, that may be one factor leading them to conclude that it was not really held; but they must look at the facts as a whole". It will be a rare day when a jury is satisfied as to the existence of an unreasonable belief. If the claim of mistake does not raise a reasonable doubt as to guilt, and all other elements of the crime have been proved, then the trier of fact will not give effect to the defence. But, if there is any evidence that there was such an honest belief, regardless of whether it is reasonable, the jury must be entrusted with the task of assessing the credibility of the plea.

conceptuel pour l'évolution harmonieuse du droit criminel, mais, à mon avis, c'est sans importance pratique, parce qu'il est peu probable que le jury croie l'accusé qui déclare être dans l'erreur à moins que celle-ci ne soit, aux yeux du jury, fondée sur des motifs raisonnables. Le jury devra examiner le caractère raisonnable de tous les motifs qui appuient le moyen de défense d'erreur ou que l'on affirme tel. Bien que des «motifs raisonnables» ne constituent pas une condition préalable au moyen de défense de croyance sincère au consentement, ils déterminent le poids qui doit lui être accordé. Le caractère raisonnable ou non de la croyance de l'accusé n'est qu'un élément qui appuie ou non l'opinion que la croyance existait en réalité et que, par conséquent, l'intention était absente.

Les jurys canadiens, d'après mon expérience, font montre de beaucoup de bon sens et ont une capacité étonnante de distinguer ce qui est vrai de ce qui est spécieux.

Les paroles du juge Dixon méritent d'être répétées:

[TRADUCTION] ... une méfiance à l'égard de la capacité d'un tribunal d'évaluer correctement la preuve relative à l'état d'esprit et aux éléments semblables ne peut jamais être un motif suffisant pour soustraire à l'enquête l'élément le plus fondamental dans un code criminel rationnel et humain. (*Thomas v. The King*, précité, à la p. 309)

Dans son *Textbook of Criminal Law*, à la p. 102, M. Glanville Williams se dit d'avis, et je suis d'accord avec lui, que le juge du procès peut à bon droit dire au jury [TRADUCTION] «que s'il estime que la croyance alléguée est déraisonnable, ce peut être un facteur qui l'amène à conclure qu'elle n'existait pas vraiment; mais il doit considérer les faits dans leur ensemble». Ce n'est pas demain qu'un jury sera convaincu de l'existence d'une croyance déraisonnable. Si l'erreur alléguée ne soulève pas un doute raisonnable quant à la culpabilité, et si tous les autres éléments de l'infraction ont été prouvés, le juge du fond ne donnera pas effet au moyen de défense. Mais s'il y a une preuve de l'existence de pareille croyance sincère, qu'elle se fonde ou non sur des motifs raisonnables, le jury doit se voir confier la tâche d'évaluer le crédit qu'il faut accorder au plaidoyer.

To apply the reasonable standard in this appeal, the Court, in my view, would have to: (a) accept the minority decision in *Morgan*; (b) overrule *Beaver* or find a means of distinguishing the offence of rape; and (c) defy accepted and sound principles of criminal law.

IV

The Plea and the Evidence

I come now to what is perhaps the most difficult part of this case, namely, whether there was an evidential base sufficient to require the trial judge to place before the jury the defence of mistaken belief in consent. The trial judge and two judges of the Court of Appeal concluded no such base existed. Chief Justice Farris, in dismissing the appeal, was strongly influenced by the fact that "at no time did the appellant suggest in his evidence that while there was resistance on the part of the complainant nonetheless he honestly believed that she was in fact consenting. He did testify that there was resistance after acts of bondage but from then on there was no intercourse". With respect, it is not necessary that an accused specifically plead mistake. The issue to which an accused's state of mind is relevant is *mens rea* and that issue is always before the jury, the onus being on the prosecution. Nor is a defence of honest belief necessarily inconsistent with a defence of consent. In raising the latter, an accused is challenging the factual aspect of the offence. Did the complainant or did she not consent? If she did, the *actus reus* was not committed. The defence of honest belief is different in nature, for it rests upon an accused's subjective perception of that factual situation.

In relying upon consent as a defence, the appellant invites the trier of fact to find in all the circumstances that she did consent (*i.e.* to reject her testimony). In relying on honest belief, he is suggesting that even if she did not consent, he nonetheless proceeded in the mistaken but honest belief that she had been willing. Though the offence was committed, he is not responsible, for he lacked the requisite intention. In most cases, it

Pour appliquer à ce pourvoi le critère du caractère raisonnable, la Cour, à mon avis, aurait à: a) accepter l'opinion minoritaire dans l'arrêt *Morgan*; b) juger le contraire de l'arrêt *Beaver* ou trouver un moyen d'établir une distinction dans le cas du viol; et c) braver des principes reconnus et fondés du droit criminel.

IV

Le plaidoyer et la preuve

J'en viens maintenant à ce qui est peut-être la partie la plus difficile de cette affaire, soit la question de savoir s'il y avait une preuve suffisante pour obliger le juge du procès à soumettre au jury le moyen de défense de croyance erronée au consentement. Le juge du procès et deux juges de la Cour d'appel ont conclu par la négative. Le juge en chef Farris, en rejetant l'appel, a été fortement influencé par le fait que [TRADUCTION] «à aucun moment l'appellant a-t-il indiqué dans son témoignage que, malgré la résistance de la plaignante, il a sincèrement cru qu'en réalité elle consentait. Il a témoigné qu'elle a résisté après les actes d'asservissement, mais il n'y a pas eu de rapports sexuels après.» Avec égards, il n'est pas nécessaire qu'un accusé plaide spécifiquement l'erreur. La question à laquelle l'état d'esprit de l'accusé est lié est celle de la *mens rea* et cette question relève toujours du jury, la poursuite ayant le fardeau de l'établir. Un moyen de défense de croyance sincère n'est pas non plus nécessairement incompatible avec un moyen de défense de consentement. L'accusé qui soulève ce dernier moyen conteste l'aspect factuel de l'infraction. La plaignante a-t-elle ou non consenti? Si oui, il n'y a pas eu d'*actus reus*. Le moyen de défense de croyance sincère est de nature différente, car il repose sur la perception subjective par l'accusé de cette situation de fait.

En invoquant le consentement comme moyen de défense, l'appellant demande au juge du fond de conclure, à partir de toutes les circonstances, que la plaignante a effectivement consenti (*c.-à-d.* de rejeter le témoignage de cette dernière). En invoquant une croyance sincère, il prétend que même si elle n'a pas consenti, il a néanmoins agi en croyant, erronément, mais sincèrement, qu'elle consentait. Bien que l'infraction ait été commise, il n'en est

is difficult to imagine that consent and honest belief can offer alternative defences. If there is no consent in fact, rare is the case in which a man will, nonetheless, believe that it was given. This, however, may be one such case.

If there was "some" evidence to "convey a sense of reality" to a defence of mistake as to consent, then the jury ought to have been instructed to consider that plea. *Kelsey v. The Queen*³⁷, at p. 226. The Crown argues that the question of sufficiency of evidence is not one of law and, therefore, not properly before the Court. As stated in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*³⁸, at p. 890:

The question of whether there is sufficient evidence to go to the jury, *i.e.* any evidence upon which a jury, properly instructed, could find the appellants guilty ... is a question of law, which can found an appeal to this Court under s. 618(1)(a).

The evidence of the complainant is that of no consent, at any time, to any act of intercourse with the appellant. Her version of the incident is interspersed with assertions of screaming, fighting, reasoning and attempted escape. But even on the complainant's version there is much common ground with the appellant's version which supports his defence of belief in consent. Moreover, the appellant testified. There was ample evidence in his testimony which points to circumstances, from which arise an inference of willingness or consent, at least for those activities which preceded the so-called "bondage". It is not proper, in my view, to look at the two pieces of testimony that are in conflict, to conclude that the only issue is one of credibility and that a blurred perception, on the part of the appellant, is inconceivable when cast alongside the complainant's evidence. That is a matter for the jury to decide. The appellant tells of a convivial afternoon (as to that there is no dispute), minimal resistance through episodes of

pas responsable, car il n'avait pas l'intention nécessaire. Dans la plupart des cas, il est difficile d'imaginer que le consentement et la croyance sincère puissent constituer des moyens de défense subsidiaires. S'il n'y a pas véritablement consentement, il est rare que l'homme croira malgré tout qu'il y a eu consentement. Il se peut cependant que ce cas-ci en soit un.

S'il y avait une «certaine» preuve «tendant à rendre vraisemblable» un moyen de défense d'erreur quant au consentement, on aurait dû dire au jury d'en tenir compte. *Kelsey c. La Reine*³⁷, à la p. 226. Le ministère public fait valoir que la question du caractère suffisant de la preuve n'est pas une question de droit et, par conséquent, qu'elle ne relève pas de la compétence de la Cour. Comme il a été dit dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester c. La Reine*³⁸, à la p. 890:

La question de savoir si la preuve est suffisante pour qu'on la soumette au jury, c'est-à-dire s'il existe quelque preuve qui permette à un jury ayant reçu des directives appropriées de déclarer les appelants coupables ... est une question de droit qui peut faire l'objet d'un pourvoi devant cette Cour en vertu de l'al. 618(1)a).

La plaignante a témoigné n'avoir consenti à aucun moment, à aucune forme de rapports sexuels avec l'appellant. Sa version de l'incident est émaillée d'affirmations qu'elle a hurlé, s'est débattue, a tenté de le raisonner et de s'échapper. Mais même la version de la plaignante a beaucoup en commun avec celle de l'appellant à l'appui du moyen de défense de croyance au consentement qu'il invoque. De plus, l'appellant a témoigné. Son témoignage tend à établir plusieurs faits dont on peut déduire l'acceptation ou le consentement, du moins en ce qui concerne ce qui s'est passé avant ce qu'on a appelé l'"asservissement". Il est incorrect, à mon avis, d'examiner ces deux témoignages opposés et de conclure que la seule question est celle de la crédibilité et qu'une perception floue de la part de l'appellant est inconcevable compte tenu du témoignage de la plaignante. C'est là une question qui relève du jury. L'appellant a décrit une joyeuse après-midi (ce qui n'est pas contesté), une résistance minimale aux épisodes de rapports

³⁷ [1953] 1 S.C.R. 220.

³⁸ [1979] 2 S.C.R. 881.

³⁷ [1953] 1 R.C.S. 220.

³⁸ [1979] 2 R.C.S. 881.

intercourse and, finally, hysteria with "bondage". If his version were accepted, the defence is two-fold: (a) actual consent; and (b) belief in consent. Though the jury found, as a fact, there was no consent, the further finding that the appellant may, nonetheless, have been mistaken was not left open.

Leaving aside the possibility of post-bondage intercourse, the jury could have reached any one of three alternative conclusions: (1) the appellant was telling the truth and the complainant did consent; or (2) he was not telling the truth, she did not consent and he was aware of that fact or reckless to it; or (3) though he did not plead mistake, he believed she was consenting, notwithstanding token resistance. His defence of consent is rejected and that of honest belief accepted. I think there was sufficient evidence to put that third alternative to the jury.

Because the case turns on evidential matters, detailed reference thereto is unavoidable. The two met at lunch to discuss the sale of the appellant's residence. The complainant was his agent in the matter. Throughout the afternoon, until approximately 4:00 p.m., a considerable amount of alcohol was imbibed by both parties and by friends who joined the table. At one point, the complainant left to ensure the time limit for parking her car had not expired and was escorted by the appellant in this task. The two stopped to visit a friend of the appellant who owned a dress shop. The appellant told of casual affectionate gestures he had initiated. His evidence was supported by the owner of the dress shop—"it look to me like she hand it to him on a platter"—and by the witness Oswald—"... it was quite obvious to me that he was courting her ... on several occasions I noticed he kissed her hand". The appellant and the complainant returned to the restaurant briefly and then departed for appellant's home, with the appellant at the wheel of the complainant's car, where it was intended they would complete the business discussion.

She testified that, upon arrival at his house, the appellant closed the door and pushed her down the

sexuels et, enfin, l'hystérie au moment de l'"asservissement". Si l'on accepte sa version, son moyen de défense est double: a) véritable consentement et b) croyance au consentement. Bien que le jury ait conclu en tant que fait qu'il n'y avait pas eu de véritable consentement, on ne lui a pas laissé la possibilité de conclure que l'appellant, néanmoins, a pu se tromper.

Laissant de côté la possibilité de rapports sexuels après l'asservissement, le jury aurait pu arriver à l'une de ces trois conclusions: (1) l'appellant dit la vérité et la plaignante a consenti; ou (2) il ment, elle n'a pas consenti et il le savait ou ne s'en souciait pas; ou (3) bien qu'il n'ait pas plaidé l'erreur, il a cru qu'elle consentait, malgré sa résistance symbolique. Son moyen de défense de consentement est rejeté et celui de croyance sincère accueilli. Je suis d'avis qu'il y avait une preuve suffisante pour soumettre cette troisième possibilité au jury.

Puisque l'affaire dépend de l'ensemble de la preuve, il est inévitable de s'y référer en détail. Les deux parties se sont rencontrées au déjeuner pour discuter de la vente de la résidence de l'appellant. La plaignante était son mandataire dans cette affaire. Au cours de l'après-midi, jusque vers 16h, les deux parties, de même que des amis qui se sont joints à eux, ont absorbé une quantité considérable de boissons alcooliques. A un moment, la plaignante s'est absentée pour s'assurer que le délai de stationnement de sa voiture n'était pas écoulé et l'appellant l'a accompagnée. Ils se sont arrêtés chez une amie de l'appellant qui est propriétaire d'une boutique de vêtements. L'appellant a parlé de ses gestes affectueux et lestes. La propriétaire de la boutique a confirmé son témoignage—[TRADUCTION] "il m'a semblé qu'elle le lui offrait sur un plateau"—et par le témoin Oswald—[TRADUCTION] "... il me semblait très évident qu'il lui faisait la cour ... à plusieurs reprises j'ai remarqué qu'il lui baisait la main." L'appellant et la plaignante sont retournés brièvement au restaurant puis sont partis pour la maison de l'appellant, où la discussion d'affaires devait se poursuivre; il a pris le volant de la voiture de la plaignante.

Elle a témoigné qu'à leur arrivée à la maison, l'appellant, a fermé la porte et l'a poussée dans le

hall. She was resisting him, in the sense of trying to reason with him asking him why he was pushing her. He said he was going to break her. In the bedroom, while he took her blouse off, she reasoned with him. When he succeeded in removing it, she knew he was going to rape her. She tried to escape, but he threw her down on the bed and she became totally hysterical. She screamed at the top of her lungs. He gestured with his upraised arm, that she was to undo his cuff links. When she refused, he threatened her with his fist and she began to scream. He removed her underclothing and skirt in one tug. When he suggested and commenced acts of oral gratification, she refused and he did not continue. This is significant. It is an area of common ground. If the appellant wanted oral sex, but discontinued upon perceiving her resistance, why did he proceed to acts of intercourse if her resistance was also made known in that regard? This reflects not only on her credibility, but more importantly, on his perception of that which she was resisting and that to which she was consenting. Then, she said, he raped her. After the first act, there was a conversational session. She pleaded with him to let her go. She tried to escape and, on each occasion, he would catch her at the door, push her back down, and rape her again. On three occasions she tried to escape and, on each, he raped her. After she had been there about an hour, he became angry and threw her off the end of the bed. He took her right hand, wrenched it hard and tightly, and tied both hands tightly behind her back with a bathrobe cord. He threw her face down on the bed and raped her from behind. She was trying to talk and reason with him. At some point, he gagged her with a bow tie. She was tied for an hour before being gagged and it was an hour before she got away. When he left the room to get cigarettes, she ran out the front door and went down the lane screaming.

The tone of the appellant's evidence differs at the outset, with his description of a pleasant afternoon and affectionate gestures. On arrival at his house, he repaired to the bathroom. When he returned, they sat on the chesterfield and he kissed

vestibule. Elle lui a résisté, en ce sens qu'elle tentait de le raisonner en lui demandant pourquoi il la poussait. Il a dit qu'il allait la briser. Dans la chambre à coucher, pendant qu'il lui enlevait son chemisier, elle a tenté de le raisonner. Une fois qu'il eut réussi à le lui enlever, elle a su qu'il allait la violer. Elle a tenté de s'échapper, mais il l'a jetée sur le lit et elle est devenue complètement hystérique. Elle hurlait du plus fort qu'elle pouvait. Il lui a fait signe, le bras en l'air de défaire ses boutons de manchette. Lorsqu'elle a refusé, il l'a menacée du poing et elle a commencé à hurler. Il lui a enlevé ses sous-vêtements et sa jupe d'un seul coup. Lorsqu'il a proposé de lui donner du plaisir oralement et a commencé à le faire, elle a refusé et il a cessé. C'est significatif. On s'entend sur ce point. Si l'appelant désirait des rapports sexuels oraux, mais a cessé quand il a perçu sa résistance, pourquoi est-il passé à des rapports sexuels si elle a aussi manifesté sa résistance à cet égard? Cela affecte non seulement la crédibilité de la plaignante, mais, ce qui est plus important, la perception par l'appelant de ce à quoi elle résistait et de ce à quoi elle consentait. Puis, a-t-elle dit, il l'a violée. Après la première fois, ils ont parlé. Elle l'a supplié de la laisser partir. Elle a tenté de s'échapper et, chaque fois, il l'a rattrapée à la porte, l'a rejetée sur le lit et l'a violée de nouveau. Elle a tenté de s'échapper trois fois et, chaque fois, il l'a violée. Une heure environ s'est écoulée et il s'est fâché et l'a jetée en bas du lit. Il lui a pris la main droite, l'a tordue violemment en la serrant, lui a attaché les deux mains étroitement dans le dos avec une ceinture de robe de chambre. Il l'a jetée à plat ventre sur le lit et l'a violée par en arrière. Elle a essayé de lui parler et de le raisonner. A un moment, il l'a bâillonnée avec un nœud papillon. Elle était attachée depuis une heure lorsqu'elle a été bâillonnée et une heure s'est écoulée avant qu'elle ne s'échappe. Lorsqu'il a quitté la chambre pour aller chercher des cigarettes, elle est sortie en courant par la porte avant et a descendu l'allée en hurlant.

Dès le début, le témoignage de l'appelant diffère, avec sa description d'un après-midi agréable et de gestes affectueux. A l'arrivée chez-lui, il s'est rendu à la salle de bain. Au retour, ils se sont assis sur le canapé et il l'a embrassée. Elle a enlevé son

her. She took off her necklace and put it on the coffee table. They kissed and when she expressed concern about her blouse, he led her to the bedroom. As he took off her blouse, she asked, "George, what are you doing?" He hung up her blouse in the closet. She did not resist removal of the blouse. She then lifted herself while he removed her skirt, folding and placing it at the foot of the bed. She did not resist. She "sort of refused" to undo his cuff links. She lifted her arms so that he could remove her slip. He removed other items of her clothing and she asked, "What are you doing?", or "Why are you doing this?" He took off his own clothes, put his tie on the tie rack, and piled his underwear and socks on the floor. He suggested and began to perform acts of oral sex. She put up her hands and stopped him. When she resisted he stopped, for he perceived a definite reluctance on her part. He suggested they have intercourse. That act proceeded and proved frustrating to both parties. He left the room and returned. She also made a trip to the bathroom. The two talked for some time. She said she "really had to go", but made no attempt to go toward the door. A second act of intercourse was carried out, and then she agreed to a third one in a different position, from behind. Neither party was satisfied and so he suggested something different. He tied a bow tie loosely around her neck, and she asked: What was he doing? Why was he doing it? She did not protest or fight. He told her he was symbolically putting her into "bondage". After the bow tie was in place, he tied the sash around her wrists. About then, while his attention was diverted, she pitched forward off the bed, and, when he lifted her back onto it, her demeanour completely changed. All along, she had only "mildly protested" when he had done anything and he thought she "might have enjoyed it". Now she claimed he was trying to break her. She was screaming hysterically. He was dumbfounded. He backed off and went to get a cigarette. When he returned, she had gone. He did not have intercourse with her after tying her hands. She had not resisted up until that time, except to the acts of oral sex. It is not disputed by the appellant that, with "bondage"

collier et l'a mis sur la table basse. Ils se sont embrassés et lorsqu'elle a manifesté de l'inquiétude pour son chemisier, il l'a amenée à la chambre à coucher. Comme il lui enlevait son chemisier, elle a dit, [TRADUCTION] "George, que faites-vous?" Il a suspendu le chemisier dans le placard. Elle n'a pas résisté quand il le lui a enlevé. Elle s'est ensuite soulevée pendant qu'il lui enlevait sa jupe, la pliait et la déposait au pied du lit. Elle n'a pas résisté. Elle a [TRADUCTION] "plus ou moins refusé" de défaire ses boutons de manchette. Elle a levé les bras pour lui permettre de lui enlever sa combinaison. Il lui a enlevé d'autres vêtements et elle lui a demandé [TRADUCTION] "Que faites-vous?" ou "Pourquoi faites-vous cela?" Il s'est déshabillé, a suspendu sa cravate au support à cravates, et a empilé ses sous-vêtements et ses bas sur le sol. Il a proposé et entrepris des rapports sexuels oraux. Elle l'a repoussé des mains et l'a arrêté. Devant sa résistance, il a arrêté, parce qu'il a perçu une réelle réticence de sa part. Il a proposé des rapports sexuels. Ceux-ci ont eu lieu et se sont avérés frustrants pour les deux parties. Il a quitté la chambre puis est revenu. Elle est également allée à la salle de bain. Ils ont parlé ensemble un moment. Elle a dit qu'elle [TRADUCTION] "devait vraiment partir", mais n'a pas tenté de se rendre à la porte. Des seconds rapports sexuels ont eu lieu, puis elle a accepté une troisième fois, dans une position différente, par l'arrière. Ni l'une ni l'autre partie n'était satisfaite, aussi a-t-il proposé quelque chose de différent. Il lui a attaché lâchement un nœud papillon autour du cou et elle a demandé [TRADUCTION] "Que faites-vous? Pourquoi faites-vous cela?" Elle n'a pas protesté et ne s'est pas débattue. Il lui a dit qu'il "l'asservissait" symboliquement. Une fois le nœud papillon en place, il lui a attaché la ceinture autour des poignets. A peu près à ce moment, alors qu'il avait un instant de distraction, elle s'est jetée en bas du lit et, lorsqu'il l'a remise sur le lit, son attitude avait complètement changé. Depuis le début, elle n'avait que [TRADUCTION] "faiblement protesté" à tout ce qu'il faisait et il croyait qu' [TRADUCTION] "elle aimait peut-être cela". Elle prétendait maintenant qu'il essayait de la briser. Elle hurlait de façon hystérique. Il était abasourdi. Il s'est éloigné et est allé chercher une cigarette. Lorsqu'il est revenu,

and the fall from the bed, the complainant became highly distraught and hysterical.

Two excerpts from the testimony of the appellant bear on the point under consideration:

Q. . . . when you were asked by the police later on "did she object to going to bed" and you said "not violently" . . .

A. What I meant by that was there was no violence, there was some token submission, there was oral resistance, there was oral resistance.

Q. By oral resistance she said she did not want to make love to you?

A. No, she did not, when I was taking off her clothes she was saying things like, "George what are you doing"?

Q. I put it to you she was hysterical and she was screaming and she was crying.

A. She was hysterical and she was screaming and she was crying, correct.

Q. And I put it to you that that was prior to the time at which you tied her.

A. That was not.

The evidence of the appellant's conversation with the police officer is of importance:

Question: Who tied her hands?

Answer: I did.

Question: Why?

Answer: Part of the act of intercourse.

Question: Did she mind?

Answer: She didn't seem to.

Question: When did she start minding?

Answer: After she started talking about her childhood, her mother, her father, and then I excused myself and got up.

Question: Did you have intercourse?

Answer: What do you mean, penetration?

Question: Yes.

Answer: Penetration, yes; intercourse, no.

Question: Where did you go when you got up?

elle était partie. Il n'a pas eu de rapports sexuels avec elle après lui avoir attaché les mains. Elle n'avait pas résisté jusqu'à ce moment, sauf aux rapports sexuels oraux. L'appelant ne conteste pas qu'après l'asservissement et la chute en bas du lit, la plaignante est devenue totalement affolée et hystérique.

Deux extraits du témoignage de l'appelant portent sur ce point:

[TRADUCTION] Q. . . . lorsque la police vous a plus tard demandé "s'est-elle opposée à aller au lit" et vous avez répondu "pas violemment" . . .

R. Ce que je voulais dire par là c'est qu'il n'y a pas eu de violence, il y avait une certaine soumission, il y avait une résistance verbale, il y avait une résistance verbale.

Q. Par résistance verbale, elle a dit qu'elle ne voulait pas faire l'amour avec vous?

R. Non, elle n'a pas dit cela, pendant que je la déshabillais elle disait des choses comme "George, que faites-vous"?

Q. Je vous dis qu'elle était hystérique, qu'elle hurlait et pleurait.

R. Elle était hystérique, hurlait et pleurait, exact.

Q. Et je vous dis que cela s'est produit avant que vous ne l'attachiez.

R. C'est faux.

La preuve de la conversation de l'appelant avec le policier est importante:

[TRADUCTION]

Question: Qui lui a attaché les mains?

Réponse: C'est moi.

Question: Pourquoi?

Réponse: Cela faisait partie des rapports sexuels.

Question: Cela lui a-t-il rien fait?

Réponse: Apparemment non.

Question: Quand cela a-t-il commencé à l'ennuyer?

Réponse: Après qu'elle eut commencé à parler de son enfance, de sa mère, de son père, et alors je me suis excusé et levé.

Question: Avez-vous eu des rapports sexuels?

Réponse: Que voulez-vous dire, pénétration?

Question: Oui.

Réponse: Pénétration, oui; rapports sexuels, non.

Question: Où êtes-vous allé lorsque vous vous êtes levé?

Answer: To get a cigarette. She seemed to have a lot of trouble and I didn't want to screw her up any more than she was.

Question: Did she object to going to bed?

Answer: Not violently.

Question: You mean token resistance?

Answer: Yes. No I really couldn't say, she really didn't resist very much.

There is circumstantial evidence supportive of a plea of belief in consent: (1) Her necklace and car keys were found in the living room. (2) She confirmed his testimony that her blouse was neatly hung in the clothes closet. (3) Other items of folded clothing were found at the foot of the bed. (4) None of her clothes were damaged in the slightest way. (5) She was in the house for a number of hours. (6) By her version, when she entered the house the appellant said he was going to break her. She made no attempt to leave. (7) She did not leave while he undressed. (8) There was no evidence of struggle, and (9) She suffered no physical injuries, aside from three scratches.

The Heilbron Report contains the following observations which seem pertinent to the case at bar. The crime of rape involves an act—sexual intercourse—which is not, in itself, either criminal or unlawful, and can, indeed, be both desirable and pleasurable; whether it is criminal depends on complex considerations, since the mental states of both parties and the influence of each upon the other, as well as their physical interaction, have to be considered and are sometimes difficult to interpret—all the more so, since normally the act takes place in private; there can be many ambiguous situations in sexual relationships; hence, however precisely the law may be stated, it cannot always adequately resolve these problems; in the first place, there may well be circumstances where each party interprets the situation differently, and it may be quite impossible to determine with any confidence which interpretation is right.

Toy J. gave a full, fair and accurate summary of the testimony by the complainant and appellant. There can be no criticism of the instructions in this respect. He did not, however, charge the jury on

Réponse: Chercher une cigarette. Elle semblait avoir beaucoup de problèmes et je ne voulais pas la bousiller plus qu'elle ne l'était.

Question: S'est-elle opposée à aller au lit?

Réponse: Pas violemment.

Question: Vous voulez dire résistance symbolique?

Réponse: Oui. Non je ne pourrais pas vraiment dire, elle n'a pas résisté beaucoup.

Il y a une preuve indirecte qui appuie le plaidoyer de défense de croyance au consentement: (1) Le collier et les clés de sa voiture ont été découverts au salon. (2) Elle a confirmé le témoignage de l'appellant que le chemisier a été soigneusement suspendu dans le placard à vêtements. (3) D'autres vêtements pliés ont été trouvés au pied du lit. (4) Aucun de ses vêtements n'a été le moindrement endommagé. (5) Elle est restée dans la maison plusieurs heures. (6) Selon sa version, lorsqu'elle est entrée dans la maison, l'appellant a dit qu'il allait la briser. Elle n'a pas tenté de s'en aller. (7) Elle n'est pas partie pendant qu'il se déshabillait. (8) Il n'y a aucune preuve d'un combat, et (9) elle n'a subi aucune blessure, sauf trois égratignures.

Le rapport Heilbron contient les remarques suivantes qui semblent pertinentes en l'espèce. Le viol implique un acte,—des rapports sexuels—qui, en soi, n'est ni criminel ni illégal et qui peut, par ailleurs, être à la fois désirable et agréable; son caractère criminel dépend de considérations complexes, car il faut tenir compte de l'état d'esprit des deux parties et de l'influence de l'une sur l'autre, de même que de leur interaction physique, et c'est parfois difficile à interpréter—d'autant plus qu'habituellement l'acte se déroule en privé; il peut se présenter de nombreuses situations ambiguës dans les relations sexuelles; par conséquent, quelle que soit la précision des termes de la loi, elle ne peut pas toujours résoudre ces problèmes adéquatement; en premier lieu, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles les parties interprètent la situation différemment, et il peut être impossible de décider avec certitude quelle interprétation est la bonne.

Le juge Toy a donné un résumé complet, précis et juste des témoignages de la plaignante et de l'appellant. On ne peut critiquer ses directives à cet égard. Cependant, il n'a pas donné au jury de

the defence of mistaken belief, as he earlier ruled there was not "in the evidence any sufficient basis of fact to leave the defence of mistake of fact to this jury".

In my view, with respect, the judge erred in failing to instruct the jury (a) that as to pre-bondage intercourse, the issues were consent and belief in consent; and (b) that as to post-bondage intercourse, the issue was whether an act of intercourse occurred or not. If the answer to (b) was negative, a conviction could not be founded upon the post-bondage period. If the answer was in the affirmative, a conviction would almost, of necessity, follow, because there was admittedly no consent or belief in consent after the "bondage".

That the case gave the jury difficulty is clear from the fact that the charge was delivered about noon, on a Friday, and the verdict was not rendered until about 5:00 p.m. on Saturday.

I am mindful of the comment of Mr. Justice Pigeon in *Leary*, that consideration should be given to the plight of a complainant, who should not be subjected to the humiliation of having to testify again, unless justice makes it imperative. The possibility of a mistaken belief in consent in the pre-bondage phase was an issue that should have been placed before the jury: the judge's failure to do so makes it imperative, in my opinion, in the interests of justice, that there be a new trial. It was open to the jury to find only token resistance prior to the "bondage" incident, which the appellant may not have perceived as a withholding of consent. The accused was convicted of that which, perhaps, he did not intend to do had he known of no consent. It does not follow that, by simply disbelieving the appellant on consent, in fact, the jury thereby found that there was no belief in consent, and that the appellant could not reasonably have believed in consent.

directives sur le moyen de défense de croyance erronée, ayant décidé auparavant qu'il n'y avait pas [TRADUCTION] "dans la preuve, de faits suffisants pour soumettre à ce jury le moyen de défense d'erreur de fait."

A mon avis, avec égards, le juge a commis une erreur en omettant de donner au jury des directives portant a) qu'en ce qui concerne les rapports sexuels avant l'asservissement, les questions en litige étaient celles du consentement et de la croyance au consentement; et b) qu'en ce qui concerne les rapports sexuels après l'asservissement, la question en litige était celle de savoir s'il y avait eu rapports sexuels ou non. Si l'on répond à la question b) par la négative, on ne peut fonder une déclaration de culpabilité sur la période postérieure à l'asservissement. Si l'on répondait par l'affirmative, une déclaration de culpabilité en découlerait presque obligatoirement, parce qu'il est admis qu'il n'y avait ni consentement ni croyance au consentement après l'"asservissement".

Il est évident que le jury a éprouvé des difficultés puisque l'exposé a été fait vers midi, un vendredi, et que le verdict n'a été rendu que vers 17h le samedi.

Je n'oublie pas la remarque du juge Pigeon dans l'arrêt *Leary*, qu'il faut tenir compte du sort de la plaignante, qui ne devrait pas être soumise à nouveau à l'humiliation d'un autre témoignage à moins que la justice l'exige. La possibilité d'une croyance erronée au consentement pendant la phase précédant l'asservissement est une question qui aurait dû être soumise au jury: l'omission du juge de ce faire exige, à mon avis, que dans l'intérêt de la justice, il y ait un nouveau procès. Le jury aurait pu conclure à une résistance symbolique seulement avant l'"asservissement", que l'appelant a pu ne pas percevoir comme une absence de consentement. L'appelant a été déclaré coupable de ce qu'il n'avait peut-être pas l'intention de faire s'il avait su qu'elle ne consentait pas. Il ne s'ensuit pas que, simplement parce que le jury n'a pas cru l'appelant quant au consentement, il a, par le fait même, conclu à l'absence de croyance au consentement, et à l'impossibilité pour l'appelant de fonder sa croyance au consentement sur des motifs raisonnables.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and direct a new trial.

Appeal dismissed, DICKSON and ESTEY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent: DuMoulin, Black & Co., Vancouver.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de Colombie-Britannique et d'ordonner un nouveau procès.

Pourvoi rejeté, les juges DICKSON et ESTEY étant dissidents.

Procureurs de l'appelant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: DuMoulin, Black & Co., Vancouver.