|  |
| --- |
| **cid:image001.jpg@01D72252.19B69DE0****COUR SUPRÊME DU CANADA** |
| **Référence :** R. *c.* Kinamore, 2025 CSC 19 |  | **Appel entendu :** 5 décembre 2024**Jugement rendu :** 13 juin 2025**Dossier :** 40964 |
| **Entre :****Dustin Kinamore**Appelantet**Sa Majesté le Roi**Intimé- et -**Procureur général de l’Ontario,****procureur général du Manitoba,****procureur général de l’Alberta,****Criminal Trial Lawyers’ Association,****Trial Lawyers Association of British Columbia et****Criminal Lawyers’ Association (Ontario)**Intervenants**Traduction française officielle****Coram :** Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Côté, Rowe, Martin, Kasirer, Jamal, O’Bonsawin et Moreau |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 96) | Le juge en chef Wagner (avec l’accord des juges Karakatsanis, Côté, Rowe, Martin, Kasirer, Jamal, O’Bonsawin et Moreau) |

**Note :** Ce document fera l’objet de retouches de forme avant la parution de sa version définitive dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada*.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  |  |  |

Dustin Kinamore Appelant

c.

Sa Majesté le Roi Intimé

et

Procureur général de l’Ontario,

procureur général du Manitoba,

procureur général de l’Alberta,

Criminal Trial Lawyers’ Association,

Trial Lawyers Association of British Columbia et

Criminal Lawyers’ Association (Ontario) Intervenants

**Répertorié :**R. *c.* Kinamore

2025 CSC 19

No du greffe : 40964.

2024 : 5 décembre; 2025 : 13 juin.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Karakatsanis, Côté, Rowe, Martin, Kasirer, Jamal, O’Bonsawin et Moreau.

en appel de la cour d’appel de la colombie‑britannique

 *Droit criminel — Preuve — Admissibilité — Activité sexuelle de la plaignante — Preuve d’inactivité sexuelle — Preuve à charge concernant le passé sexuel de la plaignante — Accusé inculpé d’agression sexuelle — Présentation par le ministère public de preuve concernant la virginité de la plaignante et de son désintérêt pour une relation de nature sexuelle avec l’accusé — Admission de la preuve par la juge du procès sans voir‑dire — Accusé déclaré coupable — La preuve relative à l’inactivité sexuelle de la plaignante constitue‑t‑elle une preuve présumée inadmissible concernant le passé sexuel de la plaignante? — La juge du procès a‑t‑elle fait erreur en admettant cette preuve sans tenir de voir‑dire? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C‑46, art. 276.*

 L’accusé et la plaignante se sont rencontrés en mai 2020 et ont échangé de l’information concernant leurs comptes de médias sociaux, lesquels sont devenus leur principal mode de communication l’un avec l’autre au cours des mois qui ont suivi. Le 3 août, l’accusé et la plaignante se sont rencontrés à l’appartement de l’accusé. À la suite des événements survenus ce jour‑là, l’accusé a été inculpé d’avoir agressé sexuellement la plaignante. Au procès, sans qu’un voir‑dire ait préalablement été tenu, le ministère public a mis en preuve des captures d’écran des messages que l’accusé et la plaignante se sont échangés sur les médias sociaux en mai et juin 2020. Certains messages étaient de nature explicitement sexuelle. Les messages comprenaient plusieurs conversations dans lesquelles la plaignante a indiqué son désintérêt pour une relation de nature sexuelle avec l’accusé. Dans certaines de ces discussions, il était question de la virginité de la plaignante, et des éléments de preuve concernant la virginité de cette dernière ont également été introduits par les témoignages de la plaignante et de l’accusé. Le ministère public et la défense ont invoqué ces éléments de preuve.

 La juge du procès a déclaré l’accusé coupable d’agression sexuelle. L’accusé a fait appel de sa déclaration de culpabilité, soutenant que la juge du procès avait fait erreur en admettant, sans tenir de voir‑dire, la preuve à charge concernant les communications antérieures entre les parties. La Cour d’appel a rejeté l’appel, statuant que les communications n’étaient pas présumées inadmissibles, étant donné que les messages de la plaignante sur les médias sociaux indiquant un désintérêt pour le sexe avec l’accusé n’étaient pas visés par la règle d’exclusion régissant le passé sexuel d’une personne plaignante.

 Arrêt : Le pourvoi est accueilli, la condamnation est annulée et la tenue d’un nouveau procès est ordonnée.

 La preuve d’inactivité sexuelle, qui englobe la preuve que la personne plaignante ne s’est pas livrée — ou préfère ne pas se livrer — à quelque activité sexuelle que ce soit, à certains types d’activités ou à une activité sexuelle dans des circonstances particulières, fait partie du passé sexuel de la personne plaignante et est de ce fait présumée inadmissible. En outre, pour favoriser l’uniformité et la prévisibilité dans la gestion des procès pour infractions d’ordre sexuel, la procédure de common law régissant la preuve à charge concernant le passé sexuel doit correspondre au régime légal établi par l’art. 276, lequel s’applique uniquement à l’accusé. En l’espèce, les communications sur les médias sociaux qui comprenaient des discussions sur l’activité et l’inactivité sexuelles de la plaignante étaient des éléments de preuve présumés inadmissibles concernant son passé sexuel. En conséquence, la juge du procès a fait erreur en ne tenant pas de voir‑dire pour décider de leur admissibilité. Comme l’appréciation par la juge du procès de la crédibilité de l’accusé et de la plaignante était inextricablement liée à cette preuve concernant le passé sexuel présumée inadmissible, la preuve a joué un rôle important dans les motifs de la juge du procès. En conséquence, son erreur n’était pas inoffensive et la disposition réparatrice ne peut être appliquée.

 Le texte de l’art. 276, qui englobe les communications dont le contenu est de nature sexuelle, vise toute communication de la personne plaignante dans laquelle le sexe est un sujet de conversation. La portée de l’art. 276 et celle de la règle d’exclusion prévue par la common law doivent être interprétées de façon uniforme, et sont équivalentes à cet égard. Bien qu’il existe des fins pertinentes auxquelles la preuve d’inactivité sexuelle peut être utilisée, elle fait partie du passé sexuel de la personne plaignante et doit de ce fait être traitée comme étant présumée inadmissible. Les décisions des cours d’appel qui ont exclu la preuve concernant l’inactivité sexuelle d’une personne plaignante du champ d’application de l’art. 276 sur la base d’une simple lecture de la disposition et d’une conception restrictive de son objet doivent en conséquence être rejetées.

 La présomption d’inadmissibilité de la preuve d’inactivité sexuelle favorise la réalisation des trois objectifs du régime de l’art. 276. Une preuve d’inactivité sexuelle peut évoquer un raisonnement fondé sur les deux mythes inverses, qui invite le juge des faits à conclure que, parce que la plaignante est sexuellement inactive, (1) elle a une propension à ne pas consentir et elle est en conséquence moins susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation; et (2) elle est davantage digne de foi. Cette forme de raisonnement n’est pas permise en droit, parce qu’elle demeure fondée sur de fausses présomptions concernant les personnes qui portent plainte. Ces mythes et stéréotypes au sujet des personnes qui portent plainte minent l’équité du procès en faussant sa fonction de recherche de la vérité. Le filtrage de la preuve d’inactivité sexuelle facilite également la protection des intérêts de la personne plaignante en matière de dignité et de vie privée. Bien que la preuve d’inactivité sexuelle soit présumée inadmissible, elle n’est pas écartée de façon catégorique; ce sont uniquement les déductions basées sur un raisonnement fondé sur les deux mythes inverses ou des formes analogues de raisonnement discriminatoire qui sont interdites. Il incombe à la partie qui souhaite produire la preuve d’inactivité sexuelle d’identifier avec précision, au moyen de déductions permises, en quoi la preuve est en rapport avec un élément litigieux de la cause.

 La procédure en deux étapes énoncée aux art. 278.93 et 278.94 du *Code criminel* fournit la structure fondamentale qui doit régir le processus fondé sur la common law pour l’admission de la preuve à charge concernant le passé sexuel. Le ministère public doit préparer une demande écrite énonçant toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle‑ci avec un élément de la cause, et donner un avis raisonnable de son intention à l’accusé et au tribunal. Le ministère public devrait généralement présenter sa demande avant le début du procès, mais il peut arriver que des demandes en cours d’instance soient nécessaires s’il survient un changement important des circonstances. À la première étape, le juge doit se demander si le ministère public a respecté ses obligations procédurales et s’il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible. Un élément de preuve ne pourra pas être admissible lorsque la pertinence qu’on lui attribue fait entrer en jeu un raisonnement interdit.

 À la deuxième étape, le juge doit décider si le ministère public a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve est en rapport avec un élément de la cause et que son effet préjudiciable ne l’emporte pas sur sa valeur probante. Dans l’appréciation de la valeur probante et de l’effet préjudiciable de la preuve à charge concernant le passé sexuel, le juge du procès doit prendre en considération la liste non exhaustive de facteurs énoncée au par. 276(3) du *Code criminel*. Contrairement à ce qui est le cas sous le régime de l’art. 276, la personne plaignante n’a pas automatiquement qualité pour présenter des observations lors d’une audience tenue à la deuxième étape relativement à l’admissibilité d’une preuve à charge concernant le passé sexuel, mais les juges continuent d’avoir discrétion pour reconnaître aux personnes plaignantes la qualité pour agir dans l’exercice de leurs pouvoirs de gestion de l’instance. Au terme de l’audience tenue à la deuxième étape, le juge doit exposer les motifs au soutien de sa décision sur l’admissibilité.

 Durant cette procédure à deux étapes, le juge du procès doit exercer son pouvoir de limiter la publicité des débats judiciaires d’une manière conforme aux par. 278.93(3) et 278.94(1) et à l’art. 278.95 du *Code criminel*. Le jury et le public doivent être exclus pendant l’examen effectué à la première étape et l’audience tenue à la deuxième étape. Il est interdit de publier, transmettre ou diffuser de quelque façon que ce soit le contenu de la demande du ministère public, ainsi que tout ce qui est dit ou déposé à l’occasion de l’examen effectué à la première étape et de l’audience tenue à la deuxième étape. La décision rendue par le juge au terme de l’examen effectué à la première étape peut être publiée après considération du droit à la vie privée de la personne plaignante et des intérêts de la justice. La décision rendue par le juge du procès à la suite de l’audience tenue à la deuxième étape, ainsi que les motifs de cette décision, ne doivent pas être publiés sauf si certains éléments de preuve sont jugés admissibles ou dans des situations où le juge estime que les motifs doivent être rendus publics après avoir pris en considération le droit à la vie privée de la personne plaignante et les intérêts de la justice. Si le juge conclut que tout ou partie de la preuve à charge concernant le passé sexuel est admissible dans un procès devant jury, le juge doit donner au jury des directives restrictives sur les utilisations permises ou non permises de cette preuve.

**Jurisprudence**

 **Arrêts rejetés :** *R. c. Brothers* (1995), 169 A.R. 122; *R. c. Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308, conf. par 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381; **distinction d’avec l’arrêt :** *R. c. Langan*, 2020 CSC 33, [2020] 3 R.C.S. 499, inf. 2019 BCCA 467, 383 C.C.C. (3d) 516; **arrêts examinés :** *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443; *R. c. Martin*, 2013 ONSC 7210; *R. c. Martin*, 2013 ONSC 6901; **arrêts mentionnés :** *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544; *R. c. T.J.F.*, 2024 CSC 38; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Kruk*, 2024 CSC 7; *R. c. J.J.*, 2022 CSC 28, [2022] 2 R.C.S. 3; *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75; *R. c. T.W.W.*, 2024 CSC 19; *R. c. Morris*, 2024 ONSC 4155, 97 C.R. (7th) 35; *R. c. T.A.H.*, 2019 BCSC 1614, 58 C.R. (7th) 148; *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3; *R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3; *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967; *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801; *R. c. Reimer*, 2024 ONCA 519, 173 O.R. (3d) 412; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Garciacruz*, 2015 ONCA 27, 320 C.C.C. (3d) 414; *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144; *R. c. Tayo Tompouba*, 2024 CSC 16; *R. c. O’Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393; *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823.

**Lois et règlements cités**

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d).

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, art. 276, (4) [aj. 2018, c. 29, art. 21], 278.93, 278.94, 278.95, 686(1)b)(iii).

*Loi modifiant le Code criminel en matière d’infractions sexuelles et d’autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, S.C. 1980‑81‑82-83, c. 125, art. 19.

*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2018, c. 29, art. 21(3).

**Doctrine et autres documents cités**

Brown, Daniel, et Jill Witkin. *Prosecuting and Defending Sexual Offence Cases*, 3e éd., Toronto, Emond Montgomery, 2024.

Desrosiers, Julie, et Geneviève Beausoleil-Allard. *L’agression sexuelle en droit canadien*, 2e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.

Dufraimont, Lisa. « Myth, Inference and Evidence in Sexual Assault Trials » (2019), 44 *Queen’s L.J.* 316.

Mazzuca, Samuel. « Regulating the Admissibility & Use of Sexual Inactivity Evidence in Criminal Cases » (2022), 70 *C.L.Q.* 161.

Paciocco, David M., Palma Paciocco et Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 8e éd., Toronto, Irwin Law, 2020.

Randall, Melanie. « Sexual Assault Law, Credibility, and “Ideal Victims” : Consent, Resistance, and Victim Blaming » (2010), 22 *R.F.D.* 397.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*, Toronto, Thomson Reuters, 2024 (feuilles mobiles mises à jour mai 2025, envoi no 1).

Vauclair, Martin, Tristan Desjardins et Pauline Lachance. *Traité général de preuve et de procédure pénales 2024*, 31e éd., Montréal, Yvon Blais, 2024.

 POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Fenlon, Dickson et Skolrood), [2023 BCCA 337](https://www.bccourts.ca/jdb-txt/ca/23/03/2023BCCA0337.htm), 429 C.C.C. (3d) 365, 91 C.R. (7th) 1, [2023] B.C.J. No. 1650 (Lexis), 2023 CarswellBC 2459 (WL), qui a confirmé la déclaration de culpabilité inscrite par la juge Gordon de la Cour provinciale, 2022 BCPC 341, [2023] B.C.J. No. 2499 (Lexis), 2022 CarswellBC 3927 (WL). Pourvoi accueilli.

 Matthew A. Nathanson et Rachel M. Wood, pour l’appelant.

 Crystal Tomusiak et Lara Vizsolyi, pour l’intimé.

 Molly Flanagan, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

 Ashleigh Smith et Rekha Malaviya, c.r., pour l’intervenant le procureur général du Manitoba.

 Joanne B. Dartana, c.r., pour l’intervenant le procureur général de l’Alberta.

 Mona Duckett, c.r., pour l’intervenante Criminal Trial Lawyers’ Association.

 Sarah Pringle et Daniel J. Song, c.r., pour l’intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia.

 Mark C. Halfyard et Sara Little, pour l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario).

 Version française du jugement de la Cour rendu par

 Le juge en chef —

1. Introduction
2. La complexité croissante des procès pour infractions d’ordre sexuel au Canada constitue un défi pour notre système de justice criminelle surchargé. Une source de cette complexité est l’application des règles qui régissent la preuve concernant le passé sexuel des personnes plaignantes. Bien que ces règles de preuve soient essentielles pour éliminer les mythes et stéréotypes discriminatoires du processus de recherche des faits et pour protéger les intérêts des personnes plaignantes en matière de dignité, de vie privée et d’égalité, l’incertitude concernant la portée et les exigences procédurales de ces règles cause de la confusion et des perturbations inutiles. Le présent pourvoi fournit l’occasion de lever une partie de cette incertitude en tranchant deux questions qui n’ont pas encore été traitées jusqu’ici dans la jurisprudence de notre Cour.
3. La première question est de savoir si la preuve de l’inactivité sexuelle d’une personne plaignante constitue une forme de preuve présumée inadmissible visée par l’art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C‑46, et les règles analogues en common law qui régissent la preuve présentée par le ministère public, aussi appelée preuve à charge, concernant le passé sexuel d’une personne plaignante. Dans l’arrêt *R. c. R.V.*, 2019 CSC 41, [2019] 3 R.C.S. 237, notre Cour a explicitement laissé cette question en suspens, mais a exprimé des doutes au sujet des décisions des cours d’appel qui ont statué que cette preuve n’est pas visée par ces règles d’exclusion (par. 81). En l’espèce, je confirme que la preuve concernant l’inactivité sexuelle est effectivement présumée inadmissible suivant l’art. 276 et la common law, étant donné qu’elle fait partie du passé sexuel d’une personne plaignante et qu’elle peut évoquer des mythes et stéréotypes particuliers que ces règles visent éliminer.
4. La deuxième question a trait aux exigences substantielles et procédurales qui s’appliquent à la preuve à charge concernant le passé sexuel des personnes plaignantes. Depuis l’arrêt *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, notre Cour estime que la common law traite cette preuve comme étant présumée inadmissible, et que le ministère public doit suivre la procédure et les principes exposés dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Toutefois, peu d’explications ont été fournies par notre Cour sur la manière dont la procédure et les principes de *Seaboyer* peuvent être transposés à la preuve à charge, puisque cette procédure et ces principes ont été élaborés dans l’optique de la preuve présentée par la défense, aussi appelée preuve à décharge. De plus, une attention limitée a été accordée à la question de savoir si la procédure de common law énoncée dans *Seaboyer* diffère de façon notable des exigences procédurales prévues par le régime légal établi à l’art. 276. Sous réserve seulement de deux modifications nécessaires que j’examine ci‑après, les règles de common law concernant la procédure et l’admissibilité sur le plan du fond doivent concorder avec celles qui s’appliquent à la preuve présentée par la défense en vertu de l’art. 276. Un régime harmonisé d’admission de la preuve concernant le passé sexuel est le meilleur moyen de permettre aux tribunaux d’exercer leur importante fonction de gardiens de la preuve sans créer la complication excessive que pourrait causer l’existence de régimes parallèles.
5. Pendant le procès pour agression sexuelle qui s’est tenu devant juge seul en l’espèce, le ministère public a présenté une preuve constituée de communications sur les médias sociaux entre la plaignante et l’accusé, Dustin Kinamore, qui avaient été échangées plus d’un mois avant l’agression alléguée. La preuve a été produite comme pièce cotée, sans qu’un voir‑dire ait été tenu. Certains de ces messages étaient de nature explicitement sexuelle, alors que d’autres comportaient des mentions de la virginité de la plaignante ou des indications émanant de celle‑ci concernant son désintérêt pour une relation de nature sexuelle avec M. Kinamore. Le ministère public et la défense se sont appuyés sur ces messages lorsqu’ils ont interrogé la plaignante et M. Kinamore, créant de ce fait de la preuve de vive voix au sujet des messages en question. La juge du procès s’est largement appuyée sur cette preuve dans ses motifs pour déclarer M. Kinamore coupable d’agression sexuelle. La Cour d’appel a conclu que la juge du procès n’avait pas commis d’erreur en ne tenant pas de voir‑dire.
6. À mon avis, les communications sur les médias sociaux qui comprenaient des discussions sur l’activité et l’inactivité sexuelles de la plaignante étaient des éléments de preuve présumés inadmissibles concernant son passé sexuel. En conséquence, la juge du procès a fait erreur en ne tenant pas de voir‑dire pour décider de l’admissibilité de la preuve en question. Comme cette preuve concernant le passé sexuel a joué un rôle important dans les motifs de la juge du procès, cette erreur touchant la preuve n’était pas inoffensive et la disposition réparatrice ne peut être appliquée.
7. En conséquence, j’accueillerais le pourvoi, j’annulerais la condamnation et j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès.
8. Contexte
9. En mai 2020, M. Kinamore a rencontré la plaignante, qui travaillait alors dans un atelier de motocyclette. À ce moment‑là, la plaignante avait 16 ans et M. Kinamore en avait 22. Au cours de leur première rencontre, les deux ont échangé de l’information concernant leurs comptes de médias sociaux, lesquels sont subséquemment devenus leur principal mode de communication l’un avec l’autre. Les deux se sont rencontrés de nouveau en mai et ont fait une balade à moto. Le 31 juillet, M. Kinamore est passé à l’atelier de motocyclette et a fait des projets avec la plaignante pour qu’ils se rencontrent le 3 août à son appartement.
10. Au procès, M. Kinamore et la plaignante ont donné des versions divergentes des événements qui sont survenus le 3 août. La plaignante a témoigné que, peu de temps après son arrivée à l’appartement de M. Kinamore, les deux sont sortis sur son balcon, où ce dernier l’a enlacée. Elle a expliqué qu’après qu’ils soient revenus à l’intérieur, M. Kinamore a commencé à lui embrasser le cou sans son consentement, puis l’a soulevée et déposée sur son lit. La plaignante a dit que M. Kinamore a alors tenté de lui retirer ses vêtements, mais qu’il a arrêté de le faire et a quitté la pièce après qu’elle s’y soit opposée. Lorsqu’il est revenu, il a mis un film, mais peu de temps après, M. Kinamore a commencé à l’embrasser, lui a enlevé son sous‑vêtement, puis a commencé à lui introduire un doigt dans le vagin et à lui faire un cunnilingus. Monsieur Kinamore lui a par la suite pénétré le vagin avec son pénis. La plaignante a témoigné que pendant ce temps elle résistait à M. Kinamore, ce qui a finalement amené ce dernier à s’arrêter. Par la suite, la plaignante a brièvement quitté l’appartement pour appeler une amie et lui dire ce qui s’était passé. La plaignante est ensuite retournée à l’intérieur et a confronté M. Kinamore. Plus tard, M. Kinamore a reconduit la plaignante à une station SkyTrain.
11. Par contraste, M. Kinamore a témoigné qu’après être revenus du balcon, les deux se sont rendus dans sa chambre à coucher pour regarder un film. Il a expliqué que la plaignante a commencé à l’embrasser, ce qui les a finalement amenés à se déshabiller l’un l’autre. Il a fait un cunnilingus à la plaignante avec son consentement, puis lui a demandé à deux reprises de lui faire une fellation. Après son deuxième refus, M. Kinamore a commencé à consulter son téléphone, en vue de commander de la nourriture. Pendant qu’il faisait cela, la plaignante a reçu un appel téléphonique de quelqu’un au travail l’informant qu’elle avait pris par erreur une paire de clés de l’atelier. Elle a aussi reçu un message texte de son père l’invitant à manger avec lui et des amis de celui‑ci ce soir‑là. Après que la plaignante et M. Kinamore eurent décidé que ni l’un ni l’autre ne voulaient manger à ce moment‑là, ce dernier a conduit la plaignante à une station SkyTrain pour qu’elle puisse aller rencontrer son père.
12. Les messages échangés entre les parties sur les médias sociaux ont été des éléments de preuve clés au procès. Le ministère public a mis en preuve des captures d’écran des messages que se sont échangés M. Kinamore et la plaignante en mai et juin 2020 comme pièce cotée, sans qu’un voir‑dire soit tenu. Ces captures d’écran avaient été fournies par la plaignante à la suite d’une demande des policiers. Dans son témoignage, la plaignante a reconnu que les captures d’écran ne renfermaient pas tous les messages entre elle et M. Kinamore. Elle avait déjà supprimé son compte de réseau social lorsque les policiers lui ont demandé de récupérer tous les messages.
13. Certains messages étaient de nature explicitement sexuelle. Par exemple, dans une série de messages, M. Kinamore disait qu’il se masturbait en regardant des photos de la plaignante et lui demandait une photo de ses seins, ce à quoi la plaignante avait répondu [traduction] « Ça n’arrivera pas » et avait ajouté « Mais voici quelque chose », avec un lien vers un site pornographique (d.a., p. 296). Cependant, la nature sexuelle d’autres messages était plus implicite. À titre d’exemple, la plaignante a dit [traduction] « Mon Dieu, j’aimerais mettre ça à l’épreuve » et, après que M. Kinamore eut dit « Je pense pas que tu pourrais maintenir le rythme », la plaignante a répondu « Essaie‑moi » (p. 288). La plaignante et M. Kinamore ont confirmé dans leurs témoignages que ces messages étaient de nature sexuelle, mais ont fourni des versions divergentes de ce qui avait été discuté durant la conversation qui avait précédé ces messages.
14. Les messages échangés sur les médias sociaux comprenaient plusieurs conversations dans lesquelles la plaignante a plusieurs fois indiqué son désintérêt pour une relation de nature sexuelle avec M. Kinamore. Dans certaines de ces discussions, il était question de la virginité de la plaignante, comme le démontrent les messages suivants :

 [traduction]

 [M. Kinamore] : Mais si tu es encore incapable de me chasser de ton esprit, tu peux venir me voir bientôt

 [Plaignante] : Tu veux juste du sexe

 [M. Kinamore] : Tu comprends jamais

 [Plaignante] : Je comprends à quel point c’est important pour toi et je ne veux pas te faire croire que tu obtiendras quelque chose que tu n’auras pas

 [M. Kinamore] : C’est parce que tu es vierge

 [M. Kinamore] : Le sexe m’en dit beaucoup sur quelqu’un, vraiment, je t’assure qu’à partir de mes expériences passées je peux dire comment je vais aimer quelqu’un

 [M. Kinamore] : Mes ex, notre sexe était fantastique et ça nous unissait

 [M. Kinamore] : Ça marchait, c’est tout

 [M. Kinamore] : C’est difficile de le comprendre vraiment, tant que tu ne l’as pas fait

 [Plaignante] : Certain, je comprends. Mais ça sert à quoi de continuer à me parler si je ne vais pas te donner ce que tu veux

 (d.a., p. 290‑291)

1. Des éléments de preuve concernant la virginité de la plaignante ont également été introduits par les témoignages de la plaignante et de M. Kinamore. Par exemple, la plaignante a témoigné qu’à la suite de l’agression sexuelle alléguée, elle était fâchée contre M. Kinamore parce qu’il lui avait fait perdre sa virginité. Elle a également témoigné que, lorsqu’elle a révélé l’agression alléguée à son père, elle lui a dit que quelqu’un lui avait fait perdre sa virginité. Durant l’interrogatoire principal du père de la plaignante, celui‑ci a relaté qu’elle lui avait fait cette déclaration. Pendant le contre‑interrogatoire de M. Kinamore, le ministère public a demandé à de multiples reprises à ce dernier s’il savait que la plaignante était vierge.
2. Le ministère public et la défense ont invoqué ces éléments de preuve à des fins différentes. Durant les plaidoiries finales, l’avocat du ministère public a invoqué la virginité de la plaignante et les messages antérieurs de cette dernière manifestant son désintérêt pour une relation de nature sexuelle afin de tenter de démontrer que la version des événements donnée par M. Kinamore n’était pas plausible. Par contraste, la défense a soutenu que certains messages antérieurs de la plaignante contredisaient son témoignage selon lequel elle n’était pas sexuellement intéressée par M. Kinamore.
3. Historique procédural
	1. Cour provinciale de la Colombie‑Britannique, 2022 BCPC 341 (la juge Gordon)
4. La juge du procès a déclaré M. Kinamore coupable d’agression sexuelle. Dans ses motifs, elle a affirmé qu’elle ne croyait pas M. Kinamore et elle a conclu que son témoignage ne permettait pas de soulever un doute raisonnable, parce qu’il était [traduction] « inconsistant » et changeait avec le temps (par. 10).
5. La juge du procès a énoncé diverses raisons pour appuyer cette conclusion, notamment les suivantes : (1) M. Kinamore avait changé son récit relativement à la question de savoir si la plaignante lui avait envoyé des photos d’elle nue, après que le ministère public eut indiqué que la réception de telles photos avait pu constituer un crime (par. 11); (2) l’interprétation donnée par M. Kinamore à un message de la plaignante dans lequel celle‑ci affirmait [traduction] « Je vais te détruire » avait évolué, et les autres messages de la plaignante indiquant un désintérêt sexuel contredisaient la suggestion initiale de M. Kinamore selon laquelle le message [traduction] « je vais te détruire » était de nature sexuelle (par. 13); et (3) l’affirmation de M. Kinamore portant qu’il souhaitait avoir une relation avec la plaignante à l’époque était contredite par ses messages antérieurs, y compris ceux où il proposait que les deux soient « amis‑amants » (par. 14).
	1. Cour d’appel de la Colombie‑Britannique, 2023 BCCA 337, 91 C.R. (7th) 1 (les juges Fenlon, Dickson et Skolrood)
6. En appel, M. Kinamore a soutenu que la juge du procès avait fait erreur en admettant, sans tenir de voir‑dire, la preuve à charge concernant les communications antérieures entre les parties. La Cour d’appel a unanimement rejeté cet argument, statuant que les communications antérieures n’étaient pas présumées inadmissibles. La Cour d’appel a cité l’arrêt *R. c. Langan*, 2020 CSC 33, [2020] 3 R.C.S. 499, inf. 2019 BCCA 467, 383 C.C.C. (3d) 516, pour appuyer la proposition que les communications antérieures d’une personne plaignante indiquant un désintérêt pour le sexe avec l’accusé ne sont pas visées par la règle d’exclusion régissant le passé sexuel d’une personne plaignante.
7. La Cour d’appel a également rejeté l’argument de M. Kinamore voulant que la juge du procès ait enfreint la règle interdisant l’admission de déclarations antérieures compatibles en s’appuyant sur les messages de la plaignante sur les médias sociaux pour trancher la question du consentement. La cour a statué que la règle s’applique uniquement aux déclarations extrajudiciaires faites après l’événement litigieux qui sont compatibles avec la déposition d’un témoin en salle d’audience. Puisque les communications précédaient l’agression sexuelle alléguée, la règle interdisant l’admission de déclarations antérieures compatibles ne s’appliquait pas. Quoi qu’il en soit, la Cour d’appel a conclu que la juge du procès n’avait pas utilisé les communications antérieures à une fin non permise. La Cour d’appel a en conséquence rejeté l’appel.
8. Questions en litige
9. Monsieur Kinamore reprend ces deux arguments en appel devant notre Cour. La première question consiste à décider si la juge du procès a fait erreur en admettant, sans tenir de voir‑dire, les messages des parties sur les médias sociaux au motif qu’ils constituent des éléments de preuve présumés inadmissibles concernant le passé sexuel de la plaignante. Le ministère public concède que la juge du procès a fait erreur en admettant les messages comportant des conversations explicitement sexuelles sans tenir de voir‑dire (m.i., par. 85). Le ministère public n’adopte aucune position sur la question de savoir si la preuve concernant la virginité de la plaignante était présumée inadmissible. Toutefois, les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si les messages renfermant les indications antérieures de la plaignante concernant son désintérêt pour une relation de nature sexuelle étaient présumés inadmissibles. Le ministère public soutient que la disposition réparatrice peut s’appliquer à l’égard de toute erreur commise par la juge du procès sur cette question (m.i., par. 120).
10. La deuxième question consiste à décider si la juge du procès a enfreint la règle interdisant l’admission de déclarations antérieures compatibles en utilisant les messages échangés sur les médias sociaux pour trancher la question du consentement. Étant donné que la réponse à la première question permet de résoudre le présent pourvoi, il n’est pas nécessaire de décider la seconde.
11. Analyse
	1. Principes régissant l’admissibilité de la preuve concernant le passé sexuel
12. La preuve concernant le passé sexuel est assujettie à des règles précises qui régissent son admissibilité. Ces règles figurent dans la loi dans le cas de la preuve présentée par la défense, tandis que la preuve présentée par le ministère public est dans une large mesure régie par des règles de common law. La relation entre ces règles a engendré une certaine confusion et le présent pourvoi offre l’occasion de préciser que, sous réserve seulement d’une modification nécessaire, les exigences d’admissibilité sur le plan du fond sont les mêmes dans les deux cas.
	* 1. Preuve concernant le passé sexuel présentée par la défense
13. Dans le passé, la common law permettait à un accusé de présenter une preuve concernant le passé sexuel d’une personne plaignante à titre de preuve de moralité. Une preuve de moralité s’entend d’une [traduction] « preuve qui est présentée afin d’établir la personnalité d’une personne, son état psychologique, son attitude ou sa capacité générale à se livrer à un comportement en particulier » (D. M. Paciocco, P. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (8e éd. 2020), p. 63). Cette preuve peut être utilisée afin de déduire dans quelle mesure une personne est susceptible de s’être livrée au comportement allégué ou pour apprécier la crédibilité de quelqu’un (*ibid.*; voir aussi *R. c. Arp*, [1998] 3 R.C.S. 339, par. 39; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, p. 685‑686).
14. Dans le cadre de procédures criminelles, une façon dont la common law régit l’utilisation de la preuve de moralité est par le truchement de la règle « plusieurs fois centenaire » selon laquelle la preuve à charge de mauvaise moralité est présumée inadmissible (*R. c. Hart*, 2014 CSC 52, [2014] 2 R.C.S. 544, par. 73; voir aussi *R. c. T.J.F.*, 2024 CSC 38, par. 76; M. Vauclair, T. Desjardins et P. Lachance, *Traité général de preuve et de procédure pénales 2024* (31e éd. 2024), p. 1085). Cette règle d’exclusion découle de la reconnaissance que cette preuve comporte un risque élevé de préjudice par raisonnement et de préjudice moral. Le préjudice par raisonnement s’entend du risque que la preuve distraie le juge des faits et l’empêche de trancher la question de façon raisonnée, notamment en causant de la confusion ou en attirant une attention disproportionnée. Le préjudice moral s’entend du risque que la preuve soit utilisée pour tirer l’inférence interdite de « propension générale » selon laquelle l’accusé serait le genre de « mauvaise personne » susceptible de commettre l’infraction en question (*Hart*, par. 74; *R. c. Handy*, 2002 CSC 56, [2002] 2 R.C.S. 908, par. 100; voir aussi Paciocco, Paciocco et Stuesser, p. 70).
15. La règle de preuve fondée sur la mauvaise moralité ne s’applique pas aux témoins ordinaires dans les procédures criminelles, parce que seul l’accusé est jugé au procès et risque donc d’être erronément déclaré coupable (voir *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 32; *R. c. Arcangioli*, [1994] 1 R.C.S. 129, p. 139). En conséquence, la common law permettait jadis à un accusé d’utiliser le passé sexuel de la personne plaignante en tant que preuve de moralité, invitant le juge des faits à déduire de cette preuve que, parce que cette personne était une femme sexuellement active ou « non chaste », (1) elle avait une propension à consentir et était en conséquence davantage susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle qui était à l’origine de l’accusation; et (2) elle était moins digne de foi (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), § 7:12; J. Desrosiers et G. Beausoleil‑Allard, *L’agression sexuelle en droit canadien* (2e éd. 2017), p. 192). Il s’agit des déductions que l’on appelle couramment aujourd’hui les « deux mythes ».
16. Reconnaissant le fait que ce raisonnement évoquait des mythes et stéréotypes discriminatoires à l’endroit des personnes qui portent plainte pour agression sexuelle, le Parlement a modifié le *Code criminel* en 1982 afin d’interdire à l’accusé, dans certaines poursuites pour infractions d’ordre sexuel, de présenter des éléments de preuve concernant le passé sexuel d’une personne plaignante, sous réserve de trois exceptions limitées (*Loi modifiant le Code criminel en matière d’infractions sexuelles et d’autres infractions contre la personne et apportant des modifications corrélatives à d’autres lois*, S.C. 1980‑81‑82‑83, c. 125, art. 19).
17. Toutefois, dans l’arrêt *Seaboyer*, notre Cour a statué que cette règle de preuve violait le droit à un procès équitable et le droit de présenter une défense pleine et entière qui sont garantis à un accusé par l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’équité du procès requiert que l’accusé puisse présenter une preuve pertinente dans les cas où l’effet préjudiciable potentiel de cette preuve ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante (p. 611‑612; voir aussi *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, p. 663‑666). À l’instar du Parlement, notre Cour a reconnu que la nature sexuelle du passé sexuel de la personne plaignante n’était pas pertinente relativement à la question du consentement et de la crédibilité. Cependant, parce que la disposition législative ne faisait pas de distinction entre les objectifs pertinents et non pertinents pour lesquels les éléments de preuve concernant le passé sexuel d’une personne plaignante pouvaient être utilisés, elle empêchait injustement les personnes accusées de présenter des éléments de preuve qu’elles étaient constitutionnellement autorisées à présenter (*Seaboyer*, p. 620‑621).
18. En invalidant la règle d’exclusion, notre Cour a reconnu le besoin de clarifier la common law pour éviter le retour de [traduction] « l’utilisation dépassée et sexiste des preuves concernant le comportement sexuel » (*Seaboyer*, p. 630‑631). En conséquence, en matière de preuve concernant le passé sexuel, la Cour a établi des lignes directrices qui reflétaient « l’application des règles générales en matière de pertinence et de recevabilité de la preuve » (p. 633‑634). Ces lignes directrices offraient « au plaignant le maximum de protection tout en garantissant à l’accusé le respect de son droit fondamental à un procès équitable » (p. 598).
19. Les lignes directrices de l’arrêt *Seaboyer* peuvent être résumées comme suit : (1) dans un procès relatif à une infraction d’ordre sexuel, la preuve du comportement sexuel antérieur d’une personne plaignante n’est pas admissible si elle vise uniquement à appuyer un raisonnement fondé sur les deux mythes; (2) la preuve du comportement sexuel antérieur d’une personne plaignante peut être admissible à des fins pertinentes si son effet préjudiciable ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante; (3) l’admissibilité de la preuve du comportement sexuel doit être établie dans le cadre d’un voir‑dire (qui peut avoir lieu à huis clos) par voie d’affidavits ou de témoignages de l’accusé ou de tiers; (4) si la preuve du comportement sexuel d’une personne plaignante est admise au cours d’un procès devant jury, le juge du procès doit mettre le jury en garde contre le raisonnement fondé sur les deux mythes (p. 634‑636).
20. Ces indications ont subséquemment été reflétées à l’art. 276 du *Code criminel* (*R. c. Darrach*, 2000 CSC 46, [2000] 2 R.C.S. 443, par. 20; voir aussi Desrosiers et Beausoleil‑Allard, p. 199). Notre Cour a affirmé que le régime de l’art. 276 vise trois objectifs : (1) protéger l’intégrité du procès en écartant la preuve non pertinente et trompeuse; (2) garantir le droit de l’accusé à un procès équitable; (3) encourager la dénonciation des infractions d’ordre sexuel en protégeant les intérêts des personnes plaignantes en matière de sécurité, de vie privée et d’égalité (*Barton*, par. 58; *Darrach*, par. 25; voir aussi *R. c. Kruk*, 2024 CSC 7, par. 40).
21. Dans les poursuites visant certaines infractions énumérées, le par. 276(1) interdit catégoriquement l’admission de la preuve de ce que la personne plaignante a eu une activité sexuelle pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité que la personne plaignante est soit plus susceptible d’avoir consenti à l’activité à l’origine de l’accusation, soit moins digne de foi. Le paragraphe 276(2) précise ensuite que la preuve d’activité sexuelle antérieure de la personne plaignante présentée par « l’accusé ou son représentant » est présumée inadmissible. Pour que cette preuve soit admise, les procédures particulières énoncées aux art. 278.93 et 278.94 doivent être suivies, et il faut démontrer que la preuve de l’activité sexuelle est présentée à des fins autres que les fins non permises indiquées au par. 276(1), qu’elle est en rapport avec un élément de la cause, qu’elle porte sur des cas particuliers d’activité sexuelle et que son effet préjudiciable ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante. Le paragraphe 276(3) énonce une liste non exhaustive de facteurs que le juge du procès doit prendre en considération dans l’appréciation de la valeur probante et de l’effet préjudiciable.
22. Dans l’arrêt *Darrach*, la Cour a statué que la version de l’art. 276 qui existait à l’époque respectait le droit de l’accusé à un procès équitable ainsi que son droit à une défense pleine et entière (par. 37 et 43). Elle a souligné que l’art. 276 a été conçu afin d’exclure uniquement les renseignements non pertinents ou les renseignements pertinents dont l’effet préjudiciable l’emporte sensiblement sur leur valeur probante (par. 43). Comme l’accusé n’a « jamais eu le droit de produire des éléments de preuve non pertinents » ni de « produire des éléments de preuve trompeurs pour étayer des déductions illégitimes », la règle établie par la loi respectait la Constitution (par. 37).
23. En 2018, le Parlement a ajouté le par. 276(4) afin de préciser que, pour l’application de cet article, le terme activité sexuelle s’entend notamment de « toute communication à des fins d’ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle » (*Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur le ministère de la Justice et apportant des modifications corrélatives à une autre loi*, L.C. 2018, c. 29, par. 21(3)). Comme l’a reconnu notre Cour dans l’arrêt *R. c. J.J.*, 2022 CSC 28, [2022] 2 R.C.S. 3, cette modification faisait partie d’un vaste ensemble de réformes du *Code criminel* « conçues pour protéger les intérêts des plaignantes dans leurs propres dossiers privés » (par. 3).
	* 1. Preuve concernant le passé sexuel présentée par le ministère public
24. Alors que le par. 276(1) interdit à la fois au ministère public et à l’accusé de présenter des éléments de preuve concernant le passé sexuel d’une personne plaignante à des fins liées aux deux mythes, le par. 276(2) s’applique exclusivement à la preuve présentée par l’accusé. Dans l’arrêt *Barton*, notre Cour a précisé que les principes de common law exposés dans *Seaboyer* relativement à la preuve concernant le passé sexuel d’une personne plaignante continuaient de s’appliquer au ministère public dans les poursuites pour une infraction énumérée au par. 276(1) (par. 80). En conséquence, la common law traite comme présumée inadmissible la preuve à charge concernant le passé sexuel dans de telles poursuites et oblige le ministère public à présenter au juge du procès une demande en vue de faire déterminer son admissibilité dans le cadre d’un voir‑dire (*J.J.*, par. 74).
25. Le présent pourvoi offre à notre Cour l’occasion de déterminer la raison pour laquelle la preuve à charge concernant le passé sexuel d’une personne plaignante est présumée inadmissible en common law, et d’expliquer les exigences d’admissibilité sur le plan du fond que les juges de procès doivent appliquer afin de décider si une telle preuve peut être produite par le ministère public.
26. La raison pour laquelle la preuve à charge concernant le passé sexuel est présumée inadmissible en common law repose sur les trois mêmes objectifs que ceux du régime de l’art. 276 : écarter la preuve non pertinente ou trompeuse, protéger le droit de l’accusé à un procès équitable et sauvegarder les intérêts des personnes plaignantes en matière de sécurité, de vie privée et d’égalité. Comme l’a indiqué notre Cour dans l’arrêt *R.V.*, quelle que soit la partie qui présente une preuve concernant le passé sexuel de la plaignante, il revient toujours au juge du procès « d’être sensible au raisonnement fondé sur les deux mythes et au préjudice causé à la plaignante, au processus judiciaire et à l’administration de la justice » (par. 78). Il importe de préciser que l’objectif de la règle de common law prévoyant l’exclusion de la preuve à charge concernant le passé sexuel n’est pas d’éliminer les mythes et les stéréotypes relatifs à l’accusé ou à d’autres témoins dans les procès pour infractions d’ordre sexuel. Cette règle incorpore plutôt l’approche asymétrique plus large de la common law en ce qui a trait aux mythes et stéréotypes dans les procès pour infractions d’ordre sexuel, approche qui reconnaît le besoin d’empêcher les formes de raisonnement discriminatoire bien établies au sujet des personnes plaignantes (*Kruk*, par. 44).
27. La façon dont le filtrage de la preuve à charge concernant le passé sexuel favorise la réalisation des trois objectifs du régime prévu à l’art. 276 est peut‑être moins évidente, puisque le ministère public est peu susceptible d’évoquer un raisonnement fondé sur les deux mythes (voir Stewart, § 8:2). La réponse repose dans le fait que cette preuve est « éminemment préjudiciable » au processus pénal (voir *Kruk*, par. 40). Une preuve d’activité sexuelle antérieure présente intrinsèquement le potentiel de contaminer le processus de recherche des faits par un raisonnement fondé sur les deux mythes, et ce, qu’une partie invite explicitement ou non à tenir un tel raisonnement (voir *Barton*, par. 80; *Goldfinch*, par. 72). Ce risque intrinsèque explique pourquoi il faut mettre les jurys en garde contre un raisonnement fondé sur les deux mythes, même lorsque cette preuve est admise à une fin légitime. Les faits de l’arrêt *Barton* illustrent bien ce risque intrinsèque. Dans cette affaire, le ministère public avait qualifié la victime de [traduction] « prostituée » dans son exposé introductif et expliqué que cette dernière avait établi avec l’accusé « des rapports lucratifs » la nuit précédant son décès (par. 66). Bien que ces propos n’aient pas été utilisés pour tenir un raisonnement fondé sur les deux mythes, la Cour a reconnu que ces commentaires, conjugués à la preuve concernant le passé sexuel présentée par l’accusé, laissaient le jury « à la dérive dans une mer d’inférences périlleuses et inacceptables » (par. 84; voir aussi les par. 80‑81).
28. En outre, comme je l’explique plus loin, des éléments de preuve concernant le passé sexuel peuvent être utilisés afin d’évoquer, à propos des personnes qui portent plainte pour agression sexuelle, des mythes et stéréotypes discriminatoires qui diffèrent des deux mythes. Bien que ces mythes et stéréotypes puissent être soulevés par l’une ou l’autre des parties, le ministère public est peut‑être davantage susceptible d’évoquer certaines formes de raisonnement déficient qui sont particulièrement défavorables à l’accusé. Ces raisonnements trompeurs doivent être prohibés afin d’assurer un procès équitable pour l’accusé, pour la personne plaignante et pour le public dans son ensemble (*Kruk*, par. 43).
29. Qui plus est, les exigences d’admissibilité sur le plan du fond prescrites par la common law à l’égard de la preuve à charge concernant le passé sexuel doivent être clarifiées, étant donné que les principes établis dans *Seaboyer* ont été formulés dans l’optique de la preuve présentée par la défense. Plus particulièrement, il a été jugé dans cette affaire que, pour que soit admise une preuve concernant le passé sexuel, il faut que son effet préjudiciable « ne l’emporte pas sensiblement » sur sa valeur probante (p. 635). Cela reflète la norme de common law qui régit de façon générale l’admissibilité de la preuve présentée par la défense, norme qui est spécifiquement calibrée pour respecter le droit de l’accusé à un procès équitable (voir *R. c. Grant*, 2015 CSC 9, [2015] 1 R.C.S. 475, par. 19). Par contraste, la preuve à charge est inadmissible lorsque son effet préjudiciable l’emporte simplement sur sa valeur probante. Voilà quelle est la norme applicable pour l’admission de la preuve à charge concernant le passé sexuel. Toutefois, dans les cas où tant le ministère public que la défense veulent invoquer un même élément de preuve, c’est la norme applicable à la preuve présentée par la défense qui doit être appliquée.
30. Certains intervenants plaident que la norme applicable pour l’admission de la preuve à charge concernant le passé sexuel devrait être formulée de façon à exiger une valeur probante qui soit, suivant les termes du texte anglais, « *significant* » (m. interv., Criminal Lawyers’ Association (Ontario), par. 26; m. interv., Criminal Trial Lawyers’ Association, par. 17‑20). Cela ferait en sorte que la norme serait cohérente avec le texte anglais de l’al. 276(2)d) du *Code criminel*, qui oblige l’accusé à démontrer que le risque d’effet préjudiciable de la preuve concernant le passé sexuel de la personne plaignante ne l’emporte pas sensiblement sur sa valeur probante, qualifiée de « *significant* » dans la version anglaise. À mon avis, il n’est pas nécessaire de déroger à la norme classique de la common law qui régit l’admission de la preuve à charge. Comme il a été expliqué dans *Darrach* et réaffirmé récemment dans *J.J.*, l’exigence dans le texte anglais du par. 276(2) qui requiert que la valeur probante soit « *significant* » « ne déroge pas aux règles de preuve conventionnelles » et reconnaît simplement « les préjudices et les inconvénients » intrinsèques que présente la preuve concernant le passé sexuel (*Darrach*, par. 39 et 41, citant *Seaboyer*, p. 634; *J.J.*,par. 131). Autrement dit, la présence dans le texte anglais de l’exigence que la valeur probante des éléments de preuve concernant le passé sexuel soit « *significant* » reconnaît que ces éléments de preuve devront être davantage que « peu pertinents » pour l’emporter sur leur préjudice intrinsèque (*Darrach*, par. 41). Rien n’indique que l’inclusion du mot « *significant* » dans le texte anglais de l’al. 276(2)d) visait quoi que ce soit d’autre, particulièrement parce que ce mot n’a pas d’équivalent dans la version française de la disposition, laquelle parle simplement de « valeur probante » (*Darrach*, par. 39).
31. Je soulignerais également que, dans l’appréciation de la valeur probante et de l’effet préjudiciable de la preuve à charge concernant le passé sexuel d’une personne plaignante, le juge du procès doit prendre en considération la liste non exhaustive de facteurs énoncée au par. 276(3) du *Code criminel*. Ces facteurs fournissent un cadre utile pour apprécier la valeur probante de la preuve que l’on veut présenter et pour considérer comment cette preuve peut entraîner un préjudice par raisonnement ainsi qu’une atteinte aux intérêts des personnes plaignantes en matière de vie privée, de dignité et d’égalité. Cependant, le juge du procès doit se rappeler que certains facteurs énoncés au par. 276(3) ont été formulés dans l’optique de la preuve présentée par la défense. Par exemple, l’al. 276(3)a) mentionne la prise en considération du droit de l’accusé à une défense pleine et entière, facteur qui n’entre pas en jeu de la même façon dans le contexte de la preuve à charge.
32. En résumé, les principes de common law régissant l’admissibilité de la preuve à charge concernant le passé sexuel doivent être harmonisés avec le régime légal applicable à la preuve de ce type présentée par la défense, sous réserve seulement de la modification nécessaire que j’ai précisée ci‑dessus.
	1. Exigences procédurales applicables à la preuve à charge concernant le passé sexuel
33. Comme je l’ai indiqué, notre Cour a statué dans *Barton* que la procédure formulée dans *Seaboyer* s’applique à la preuve à charge concernant le passé sexuel, sans préciser davantage. *Seaboyer* impose une procédure nettement simple par comparaison à celle imposée par le régime légal applicable à la preuve à décharge. Elle exige simplement que l’admissibilité de la preuve concernant le passé sexuel soit établie dans un voir‑dire (qui peut avoir lieu à huis clos), soit par affidavits soit par témoignages. Si la preuve concernant le passé sexuel est admise, le juge est alors tenu de donner des directives restrictives sur ses utilisations non permises (p. 633‑636).
34. Pour favoriser l’uniformité et la prévisibilité dans la gestion des procès pour infractions d’ordre sexuel, la procédure de common law régissant la preuve à charge concernant le passé sexuel doit correspondre au régime légal établi par l’art. 276 qui s’applique uniquement à l’accusé. Il s’agit là d’une évolution graduelle appropriée de la common law qui sert les intérêts de la justice dans le contexte actuel du droit relatif aux agressions sexuelles. Comme l’a déclaré la Cour dans l’arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, les juges doivent adapter progressivement la common law afin qu’elle « suive l’évolution et le dynamisme de la société » (p. 670). Sous réserve d’une seule modification, la procédure en deux étapes énoncée aux art. 278.93 et 278.94 du *Code criminel* fournit la structure fondamentale qui doit régir le processus d’admission de la preuve à charge concernant le passé sexuel.
35. À titre d’observation préliminaire, la prudence doit guider au départ les juges appelés à décider s’il y a lieu de donner aux parties la directive d’entreprendre la procédure décrite ci‑après. Lorsqu’un juge n’est pas certain si un élément de preuve est une preuve concernant le passé sexuel présumée inadmissible, il doit obliger la partie qui souhaite produire cette preuve à présenter la demande appropriée pour qu’il soit décidé si le régime de filtrage s’applique (voir *Barton*, par. 78). Notre Cour a adopté une approche similaire dans *J.J.* à l’égard des décisions sur la question de savoir si un élément de preuve que l’on veut présenter constitue un « dossier » au sens de l’art. 278.1 du *Code criminel* (par. 104). Cette approche prudente est conforme à l’accent que met notre Cour sur le fait que les juges sont les « gardiens [. . .] de la preuve » dans les procès criminels et sont ultimement responsables de faire respecter les règles de preuve (*Goldfinch*, par. 75; voir aussi *Barton*, par. 68; *R.V.*, par. 71). Un gardien diligent réduit au minimum le risque d’erreur et favorise la prévisibilité et l’efficience en évitant les longs débats sur la portée précise des divers régimes de filtrage qui s’appliquent aux procès pour infractions d’ordre sexuel.
	* 1. Première étape
36. Tout d’abord, le ministère public doit préparer une demande écrite énonçant toutes précisions utiles au sujet de la preuve en cause et le rapport de celle‑ci avec un élément de la cause (voir le par. 278.93(2)). Comme c’est le cas sous le régime de l’art. 276, l’affidavit joint à la demande écrite dans le cadre de l’analyse à la première étape peut être un « affidavit fait sur la foi de renseignements tenus pour véridiques » (*Darrach*, par. 53; D. Brown et J. Witkin, *Prosecuting and Defending Sexual Offence Cases* (3e éd. 2024), p. 412).
37. Si le ministère public entend présenter une demande, il doit donner un avis raisonnable de son intention à l’accusé et au tribunal. Bien que cet avis soit généralement d’au moins sept jours, les juges peuvent exercer, dans l’intérêt de la justice, leurs pouvoirs de gestion de l’instance pour raccourcir ce délai (voir le par. 278.93(4)). Cet avis permet à l’accusé de se préparer, particulièrement dans les cas où il souhaite présenter sa propre demande fondée sur l’art. 276. Une telle demande sera nécessaire uniquement dans les cas où la défense souhaite présenter des éléments en sus de ce que le ministère public cherche à présenter (voir Brown et Witkin, p. 399).
38. Comme l’a reconnu notre Cour dans *R.V.*, la pratique exemplaire dans un tel cas consiste à examiner les demandes des parties en même temps. Non seulement cette approche permet‑elle de réduire les délais, mais également de faire en sorte que le juge ait une compréhension complète de la manière dont tous les éléments de preuve concernant le passé sexuel de la personne plaignante seront utilisés, ce qui est nécessaire pour apprécier correctement leur valeur probante et leur effet préjudiciable (par. 79). Par exemple, il est possible que, dans l’examen des deux demandes, le juge constate qu’en accueillant l’une d’elles il s’ensuivra que celle de l’autre partie concernant des précisions additionnelles sur le passé sexuel de la personne plaignante sera elle aussi accueillie. Dans de telles circonstances, le juge pourrait alors conclure que le fait d’accueillir les deux demandes causerait un préjudice global trop important pour que quelque élément de preuve proposé puisse être admis.
39. Conformément aux indications données par la Cour au sujet du moment opportun pour présenter une demande fondée sur l’art. 276, le ministère public devrait généralement présenter sa demande avant le début du procès (*J.J.*, par. 85; *Goldfinch*, par. 145). Cette pratique est préférable à la présentation, en cours d’instance, de demandes entraînant des ajournements, des délais et des difficultés relativement à l’établissement du calendrier qui ne servent les intérêts de personne (*J.J.*, par. 86). Toutefois, il peut arriver que des demandes en cours d’instance soient nécessaires s’il survient un changement important des circonstances (*Barton*, par. 65; *R.V.*, par. 75; *J.J.*, par. 86).
40. L’examen effectué à la première étape a pour but de décider s’il y a lieu de tenir une audience concernant la preuve, et de faciliter le rejet des demandes frivoles. Le juge doit se demander si le ministère public a respecté ses obligations procédurales et s’il y a des possibilités que la preuve en cause soit admissible (voir le par. 278.93(4)). Si ces conditions ne sont pas remplies, le juge n’est pas tenu de tenir une audience concernant la preuve. Un élément de preuve ne pourra pas être admissible lorsque la pertinence qu’on lui attribue fait entrer en jeu un raisonnement interdit fondé sur des mythes. Le juge peut aussi utiliser l’examen effectué à la première étape pour trancher définitivement la question de savoir si la preuve en cause constitue une preuve concernant le passé sexuel présumée inadmissible en vertu de l’art. 276 et de la common law (voir *J.J.*, par. 28).
41. Conformément à ses pouvoirs de gestion de l’instance, le juge a discrétion pour décider si l’examen effectué à la première étape prendra la forme d’une demande écrite, d’une audience ou les deux (*J.J.*, par. 27). Indépendamment de l’approche adoptée, le jury et le public doivent être exclus (voir le par. 278.93(3)).Les juges présidant les procès sont autorisés par la common law à prononcer des ordonnances limitant la publicité des débats dans des circonstances exceptionnelles (voir *Dagenais c. Société Radio‑Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835,p. 857‑858; voir aussi *Sherman (Succession) c. Donovan*, 2021 CSC 25, [2021] 2 R.C.S. 75, par. 38 et 63; *R. c. T.W.W.*, 2024 CSC 19, par. 68‑70).
42. Les instances de détermination de l’admissibilité de la preuve concernant le passé sexuel satisferont invariablement aux conditions préalables établies dans *Sherman (Succession)* pour justifier le prononcé d’une ordonnance d’exclusion du jury et du public. Le respect du principe de la publicité des débats judiciaires lors de l’examen de l’admissibilité pose un risque sérieux à l’égard de l’intérêt public important que constitue la protection des intérêts de la personne plaignante en matière de dignité et de vie privée (*T.W.W.*, par. 74). C’est particulièrement vrai parce que les instances de détermination de l’admissibilité risquent d’exposer, au sujet du passé sexuel de la personne plaignante, des renseignements profondément personnels qui ne sont pas pertinents. Compte tenu de la nature de l’information susceptible d’être présentée, il n’existe aucune solution de rechange raisonnable au prononcé d’une ordonnance d’exclusion qui préviendrait le risque de préjudice aux intérêts de la personne plaignante. De même, les effets bénéfiques de l’ordonnance, par exemple favoriser la dénonciation des infractions d’ordre sexuel, l’emportent sur la restriction de la publicité des débats, restriction qui sera temporaire si la preuve proposée est en définitive admise.
	* 1. Deuxième étape
43. Lors de l’audience tenue à la deuxième étape, le juge détermine si la preuve du passé sexuel est admissible. Il doit décider si le ministère public a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que la preuve est en rapport avec un élément de la cause et que son effet préjudiciable ne l’emporte pas sur sa valeur probante. Comme nous l’avons vu, les facteurs énumérés au par. 276(3) doivent servir de guide pour structurer cette analyse. Tout comme pour l’examen effectué à la première étape, le jury et le public doivent être exclus pendant l’audience (voir le par. 278.94(1)). Pour les raisons exposées précédemment, les circonstances en question satisferont invariablement aux conditions préalables établies dans *Sherman (Succession)* pour justifier le prononcé d’une ordonnance d’exclusion du jury et du public.
44. Contrairement à ce qui est le cas sous le régime de l’art. 276, la personne plaignante n’a pas automatiquement qualité pour présenter des observations lors d’une audience tenue à la deuxième étape relativement à l’admissibilité d’une preuve à charge concernant le passé sexuel. Étant donné que la position du ministère public et celle de la personne plaignante concordent souvent, le fait de permettre à la personne plaignante de présenter des observations à chaque audience concernant la preuve risque d’entraîner des dépenses et des délais inutiles (voir m. interv., procureur général de l’Alberta, par. 26). Cela dit, les juges continuent, dans l’exercice de leurs pouvoirs de gestion de l’instance, d’avoir discrétion pour reconnaître aux personnes plaignantes la qualité pour agir (*J.J.*, par. 105). Lorsque la personne plaignante et le ministère public diffèrent d’opinions sur la question de l’admissibilité, il peut être particulièrement important de faire en sorte que la personne plaignante ait l’occasion d’être entendue (voir *J.J.*, par. 178). De même, lorsqu’une demande du ministère public est entendue en même temps qu’une demande fondée sur l’art. 276, il y a lieu d’accorder à la personne plaignante la qualité pour agir relativement aux deux demandes.
45. La personne plaignante n’est pas un témoin contraignable à l’audience tenue à la deuxième étape. Comme il a été expliqué dans l’arrêt *Darrach*, la réalisation de certains objectifs du régime serait compromise si les personnes plaignantes étaient contraintes à être interrogées au sujet de leur passé sexuel avant qu’il ait été statué sur l’admissibilité de cette preuve (par. 68). Une telle procédure porterait inutilement atteinte aux intérêts de la personne plaignante en matière de dignité et de vie privée, et découragerait la dénonciation des crimes de violence sexuelle (*ibid.*).
46. En conséquence, il n’est pas nécessaire qu’un affidavit personnel de la personne plaignante soit déposé. Le ministère public conserve néanmoins toujours le fardeau de présenter un fondement probatoire suffisant pour permettre au juge de décider de l’admissibilité de la preuve concernant le passé sexuel. La preuve peut être produite par voie d’affidavit ou de témoignage de vive voix d’une autre personne qui a une connaissance personnelle du passé sexuel de la personne plaignante, ou par d’autres moyens, par exemple des transcriptions de l’enquête préliminaire et des déclarations sous serment à la police (*R. c. Morris*, 2024 ONSC 4155, 97 C.R. (7th) 35, par. 73‑74). Bien que ces solutions de rechange soient possibles, l’absence d’un affidavit personnel souscrit par la personne plaignante nuira souvent à la capacité du juge d’apprécier la pertinence et la valeur probante de la preuve proposée (voir *R. c. T.A.H.*, 2019 BCSC 1614, 58 C.R. (7th) 148, par. 37).
47. Au terme de l’audience tenue à la deuxième étape, le juge doit exposer les motifs au soutien de sa décision sur l’admissibilité (voir le par. 278.94(4); *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3, par. 10 et 14). S’il y a lieu d’admettre tout ou partie de la preuve, le juge doit expliquer précisément en quoi la preuve est en rapport avec un élément de la cause et comment il en a apprécié la valeur probante et l’effet préjudiciable au regard des facteurs énumérés au par. 276(3).
48. Le juge peut, soit de sa propre initiative soit à la demande de l’une ou l’autre des parties, revoir cette décision sur l’admissibilité en cas de changement important des circonstances, par exemple lorsque la déposition d’un témoin évolue au cours du procès (*T.W.W.*, par. 51).
	* 1. Considérations additionnelles
49. Durant la procédure susmentionnée, le juge du procès doit exercer d’une manière conforme à l’art. 278.95 du *Code criminel* son pouvoir de prononcer des ordonnances de non‑publication. Comme c’est le cas en application des par. 278.93(3) et 278.94(1), le juge qui exerce les pouvoirs que lui confère la common law pour limiter la publicité des débats judiciaires conformément à cette disposition législative respecte les conditions énoncées dans *Sherman (Succession)*.
50. En conséquence, le contenu de la demande du ministère public ne doit pas être publié, transmis ou diffusé de quelque façon que ce soit. La même règle s’applique à tout ce qui est dit ou déposé à l’occasion de l’examen effectué à la première étape et de l’audience tenue à la deuxième étape. La décision rendue par le juge au terme de l’examen effectué à la première étape peut être publiée après considération du droit à la vie privée de la personne plaignante et des intérêts de la justice. La décision rendue par le juge du procès à la suite de l’audience tenue à la deuxième étape, ainsi que les motifs de cette décision, ne doivent pas être publiés sauf si certains éléments de preuve sont jugés admissibles ou dans des situations où le juge estime que les motifs doivent être rendus publics après avoir pris en considération le droit à la vie privée de la personne plaignante et les intérêts de la justice.
51. Enfin, comme il a été dit dans *Seaboyer*,si le juge conclut que tout ou partie de la preuve à charge concernant le passé sexuel est admissible dans un procès devant jury, le juge doit donner au jury des directives restrictives sur les utilisations permises ou non permises de cette preuve (p. 636).
	1. La preuve d’inactivité sexuelle est présumée inadmissible
52. Comme je l’ai indiqué précédemment, le ministère public concède que la juge du procès a fait erreur en admettant en preuve, sans tenir de voir‑dire, la preuve à charge constituée des messages échangés sur les médias sociaux renfermant des conversations explicitement sexuelles.En conséquence, la principale question dans le présent pourvoi consiste à décider si les messages faisant état de la virginité de la plaignante et des indications antérieures de celle‑ci concernant son désintérêt pour une relation de nature sexuelle sont eux aussi présumés inadmissibles par la common law.
53. Cette question soulève implicitement celle de savoir si cette preuve est visée par l’art. 276 du *Code criminel*. La portée de l’art. 276 et celle de la règle d’exclusion prévue par la common law doivent généralement être interprétées de façon uniforme, compte tenu de leurs objectifs communs et du fait que l’admissibilité de la preuve à charge concernant le passé sexuel est régie à la fois par le par. 276(1) et par la common law. Dans des décisions antérieures, notre Cour a traité la règle d’exclusion prévue par la common law comme équivalente au régime de l’art. 276 à cet égard (voir *J.J.*, par. 74; *Barton*, par. 80; *Goldfinch*, par. 75).
54. La question de savoir si cette preuve fait entrer en jeu l’art. 276 et la règle d’exclusion prévue par la common law est révisable suivant la norme de la décision correcte (*T.W.W.*, par. 22).
55. Dans l’analyse qui suit, je vais traiter la preuve relative à la virginité de la personne plaignante et aux indications antérieures de celle‑ci concernant son désintérêt pour une relation de nature sexuelle comme étant de la preuve d’« inactivité sexuelle ». La preuve d’inactivité sexuelle peut être considérée comme englobant la preuve que la personne plaignante ne s’est pas livrée — ou préfère ne pas se livrer — à quelque activité sexuelle que ce soit, à certains types d’activités ou à une activité sexuelle dans des circonstances particulières (voir S. Mazzuca, « Regulating the Admissibility & Use of Sexual Inactivity Evidence in Criminal Cases » (2022), 70 *C.L.Q.* 161, p. 165). Comme je l’expliquerai, bien qu’il existe des fins pertinentes auxquelles ces types de preuve peuvent être utilisés, tous ces types de preuve font partie du passé sexuel de la personne plaignante et doivent de ce fait être traités comme étant présumés inadmissibles.
	* 1. La preuve d’inactivité sexuelle fait entrer en jeu l’art. 276 et la règle d’exclusion prévue par la common law
56. Le texte de l’art. 276 fournit un fondement initial permettant de conclure que le régime de filtrage s’applique à la preuve d’inactivité sexuelle. S’il est vrai que les dispositions législatives parlent d’« activité sexuelle », le Parlement a récemment clarifié le sens de ce terme au par. 276(4), affirmant qu’il « s’entend notamment de toute communication à des fins d’ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle ». À mon avis, cette disposition vise toute preuve concernant le passé sexuel d’une personne plaignante, y compris la preuve d’inactivité. En englobant les communications « dont le contenu est de nature sexuelle », la définition vise *toute* communication de la personne plaignante dans laquelle le sexe est un sujet de conversation. Cette large définition comprend les communications antérieures dans lesquelles la personne plaignante discute de sa virginité ou indique son désintérêt pour le sexe. Si le Parlement avait voulu limiter le par. 276(4) aux communications portant sur une activité sexuelle explicite dans lesquelles la personne plaignante indique un intérêt sexuel, il aurait limité la définition aux communications « à des fins d’ordre sexuel ». Toutefois, le Parlement a opté pour une formulation plus générale. Il y a lieu de donner effet à cette formulation, vu la présomption selon laquelle le législateur « ne parle pas pour rien dire » (*R. c. Morrison*, 2019 CSC 15, [2019] 2 R.C.S. 3, par. 89).
57. Dans la mesure où le sens ordinaire d’autres parties de l’art. 276 tend à indiquer que la preuve d’inactivité sexuelle est exclue du régime de filtrage, il est important de se rappeler que l’interprétation de cette disposition ne se limite pas à son seul texte. Comme pour toute opération d’interprétation, le « sens ordinaire n’est pas en soi déterminant et [u]ne entreprise d’interprétation législative demeure incomplète sans l’examen du contexte, de l’objet et des normes juridiques pertinentes » (*R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967, par. 31).Notre Cour a refusé précédemment de donner une interprétation excessivement rigide du texte de l’art. 276, soulignant qu’il doit être interprété à la lumière de l’économie et des objectifs plus larges du régime (*Goldfinch*, par. 53). Lorsque l’on examine les objectifs de l’art. 276, il devient clair que tout le passé sexuel de la personne plaignante, y compris la preuve de son inactivité sexuelle, est visé.
58. L’inclusion de la preuve d’inactivité sexuelle favorise la réalisation des trois objectifs du régime de l’art. 276 et des règles analogues de la common law. Comme il a été indiqué, un de ces objectifs consiste à écarter du processus de recherche des faits la preuve non pertinente et trompeuse concernant les personnes qui portent plainte pour agression sexuelle. Comme notre Cour l’a récemment expliqué dans *Kruk*, l’art. 276 s’insère dans un ensemble distinct de règles de preuve qui ont été élaborées à l’égard des procès pour infractions d’ordre sexuel afin d’interdire les mythes et les stéréotypes au sujet des personnes plaignantes (par. 40). Ces règles réparatrices visent à éliminer des formes de raisonnement juridique discriminatoires jusque‑là tolérées qui « conceptualisent une victime idéalisée ainsi que ses caractéristiques et ses actions avant, pendant et après l’agression » (par. 37).
59. Les mythes et stéréotypes au sujet des personnes qui portent plainte pour agression sexuelle ne découlent pas tous de la preuve concernant le passé sexuel de ces personnes. Le régime de l’art. 276 ne constitue en conséquence qu’un seul aspect de cet effort de réparation. Comme je l’ai expliqué, le raisonnement fondé sur les deux mythes était, et demeure, la principale cible de ce régime. L’article 276 vise à éliminer les vestiges de la conception antérieure en common law selon laquelle le passé sexuel de la personne plaignante pouvait être utilisé comme une sorte de preuve de moralité qui invitait le juge des faits à déduire que, parce qu’une plaignante était une femme sexuellement active, (1) elle avait une propension à consentir et était donc plus susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation; et (2) elle était moins digne de foi. On comprend aujourd’hui que la nature sexuelle du passé sexuel d’une personne plaignante n’est pas pertinente en ce qui concerne la question du consentement et de la crédibilité (voir *Osolin*,p. 670).
60. Le filtrage de la preuve d’inactivité sexuelle favorise la réalisation de l’objectif d’élimination du raisonnement fondé sur les deux mythes. En pratique, il importe de garder à l’esprit que la preuve d’inactivité sexuelle est souvent intrinsèquement liée à la preuve d’activité sexuelle explicite. Par exemple, dans l’arrêt *R.V.*, notre Cour a souligné que, pour présenter une preuve d’inactivité, les avocats doivent souvent poser des questions qui risquent d’inviter la personne plaignante à dévoiler des expériences sexuelles(par. 81). Ou, comme le démontre la présente affaire, la preuve d’inactivité sexuelle peut souvent être liée à d’autres mentions explicites d’activité sexuelle, et ce, à un point tel qu’il ne sera pas possible de faire la distinction entre les deux types de preuve.
61. En outre, comme l’a clairement indiqué notre Cour dans *Darrach*, le *Code criminel* « exclut [. . .] toutes les généralisations discriminatoires concernant la prédisposition de la plaignante à consentir ou sa crédibilité qui sont fondées sur la nature sexuelle de ses activités sexuelles antérieures » (par. 34 (je souligne; soulignement dans l’original omis)). En d’autres mots, les deux mythes ne sont pas les seuls mythes et stéréotypes qui peuvent découler de la preuve du passé sexuel de la personne plaignante. Par exemple, bien qu’une preuve que la personne plaignante et l’accusé ont eu une activité sexuelle consensuelle postérieurement à l’agression alléguée puisse être pertinente pour décider si l’agression alléguée a eu lieu, il serait erroné de s’appuyer sur une telle preuve pour déduire nécessairement et de façon concluante que l’agression ne s’est pas produite (voir *R. c. L.S.*, 2017 ONCA 685, 354 C.C.C. (3d) 71, par. 89; voir aussi *Kruk*, par. 41).
62. La présente affaire présente à notre Cour une autre forme de preuve concernant le passé sexuel capable d’évoquer d’autres mythes et stéréotypes au sujet des personnes qui portent plainte pour agression sexuelle. Une preuve d’inactivité sexuelle peut évoquer un raisonnement fondé sur les deux mythes inverses. L’inactivité sexuelle de la personne plaignante peut être utilisée comme preuve de moralité qui invite le juge des faits à conclure que, parce que la plaignante est sexuellement inactive, (1) elle a une propension à *ne pas* consentir et elle est en conséquence *moins* susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation; et (2) elle est *davantage* digne de foi.
63. Ce qui distingue cette forme de raisonnement fondé sur des mythes est qu’elle a pour effet de renforcer le témoignage de la personne plaignante aux dépens de l’accusé. Il s’ensuit que ce raisonnement est davantage susceptible d’être évoqué par le ministère public, plutôt que par la défense. C’est ce qu’a fait en l’espèce le procureur du ministère public au procès. Pendant sa plaidoirie finale, le procureur du ministère public a explicitement parlé de la virginité de la plaignante en tant que considération tendant à indiquer que la version des faits de M. Kinamore n’était pas plausible (d.a., p. 262).
64. Le fait que le raisonnement fondé sur les deux mythes inverses serve à renforcer le témoignage de la personne plaignante et à miner la position de l’accusé n’a aucune incidence sur la question de savoir s’il est permis. Cette forme de raisonnement n’est pas permise en droit, parce qu’elle demeure fondée sur de fausses présomptions concernant les personnes qui portent plainte pour agression sexuelle. Comme il a été dit dans *Kruk*, « le recours aux stéréotypes, prenant leur source dans une inégalité de traitement, n’est certainement pas juste un problème pour les personnes plaignantes dans les affaires d’agression sexuelle. Le raisonnement stéréotypé fondé sur le type d’inégalité de traitement qui est au cœur des mythes et stéréotypes à l’endroit des personnes plaignantes dans les affaires d’agression sexuelle est susceptible d’avoir une incidence sur le témoignage de tous les témoins dans tous les procès » (par. 54 (je souligne)).
65. Le raisonnement fondé sur les deux mythes inverses s’appuie fondamentalement sur des idées discriminatoires au sujet de la [traduction] « victime idéale » d’agressions sexuelles (Mazzuca, p. 170). Comme l’a expliqué la juge L’Heureux‑Dubé dans l’arrêt *Seaboyer* (dissidente, mais non sur ce point), le fait de cataloguer les femmes comme des vierges ou des [traduction] « madones » a longtemps incité les policiers, les jurés et les juges à percevoir les plaignantes dans des affaires d’agression sexuelle comme étant des victimes « idéale[s] » et en conséquence dignes de foi (p. 652‑656). Ces notions concernant la « victime idéale » ont pour effet de renforcer l’idée préjudiciable que les personnes plaignantes sexuellement actives qui n’entrent pas dans le champ d’application de ce paradigme n’ont pas droit à la protection de la loi (voir M. Randall, « Sexual Assault Law, Credibility, and “Ideal Victims” : Consent, Resistance, and Victim Blaming » (2010), 22 *R.F.D.* 397, p. 414).Notre Cour ne saurait tolérer que quelque partie que ce soit évoque des mythes et des stéréotypes au sujet des personnes qui portent plainte pour agression sexuelle. Permettre à une partie de le faire aurait pour conséquence d’enraciner davantage ces croyances discriminatoires dans notre système de justice criminelle et, par extension, de fausser la fonction de recherche de la vérité des procès.
66. Parce que le filtrage de la preuve d’inactivité sexuelle aide à éliminer les mythes et stéréotypes au sujet des personnes qui portent plainte pour agression sexuelle, la réalisation du deuxième objectif de ces règles d’exclusion — protéger le droit de l’accusé à un procès équitable — est elle aussi favorisée. Les mythes et stéréotypes au sujet des personnes qui portent plainte pour agression sexuelle minent l’équité du procès en faussant sa fonction de recherche de la vérité (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 119; *J.J.*, par. 162; *Kruk*, par. 43). Lorsque le ministère public s’appuie sur ces mythes et stéréotypes, ceux‑ci risquent de miner le droit d’un accusé « de n’être déclaré coupable que sur la foi d’une preuve se rapportant directement à l’accusation en cause » (*Corbett*, p. 697). En conséquence, les juges qui président les procès doivent écarter la preuve d’inactivité sexuelle conformément à l’« impératif constitutionnel » requérant l’exclusion des éléments de preuve qui entraîneraient un procès inéquitable pour l’accusé (*R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562, par. 24).
67. Comme le soulignent les procureurs généraux de l’Ontario et du Manitoba, le filtrage de la preuve d’inactivité sexuelle facilite également la protection des intérêts de la personne plaignante en matière de dignité et de vie privée (m. interv., procureur général de l’Ontario, par. 7; m. interv., procureur général du Manitoba, par. 12). La preuve concernant la question de savoir si la personne plaignante a déjà eu des activités sexuelles, si elle s’est livrée à certains actes sexuels ou si elle a certaines préférences sexuelles est intrusive et révèle des renseignements profondément personnels (*Kruk*, par. 55). Qui plus est, lorsqu’une preuve d’inactivité sexuelle est présentée par le ministère public, son admission pourrait accroître la probabilité que l’accusé puisse présenter lui‑même avec succès une demande fondée sur l’art. 276. Cette dynamique est illustrée dans l’affaire *R. c. Martin*, 2013 ONSC 7210, où la plaignante a invoqué le fait qu’elle n’avait jamais eu de rapports sexuels pendant ses menstruations comme raison appuyant sa version selon laquelle elle n’avait pas consenti (par. 15). Afin de réfuter cette affirmation, l’accusé a présenté avec succès une demande fondée sur l’art. 276 pour mettre en preuve le fait qu’il avait déjà eu des rapports sexuels avec la plaignante alors qu’elle était menstruée (*R. c. Martin*, 2013 ONSC 6901, par. 20). Bien que ce type de preuve d’inactivité sexuelle puisse être utilisé à des fins pertinentes, il est également susceptible de faire dévier le processus de recherche des faits en transformant le procès en examen de la question de savoir si les préférences sexuelles invoquées par la personne plaignante sont vraies. Le filtrage de ce type de preuve fait en sorte que la preuve retenue possède une valeur probante suffisante qui l’emporte sur le préjudice inévitable qu’elle cause à la dignité et à la vie privée de la personne plaignante.
68. En conséquence, les décisions des cours d’appel qui ont exclu la preuve concernant la virginité d’une personne plaignante du champ d’application de l’art. 276 sur la base d’une [traduction] « simple lecture » de la disposition et d’une conception restrictive de son objet doivent être rejetées (voir *R. c. Brothers* (1995), 169 A.R. 122 (C.A.), par. 22‑25; voir aussi *R.* *c.* *Pittiman* (2005), 198 C.C.C. (3d) 308 (C.A. Ont.), par. 33, conf. sur un autre point par 2006 CSC 9, [2006] 1 R.C.S. 381).
69. Le ministère public soutient que la décision de notre Cour dans *Langan* doit être interprétée comme signifiant que les communications antérieures de la personne plaignante indiquant un désintérêt sexuel envers l’accusé ne sont pas visées par l’art. 276 ou par les règles analogues de la common law (m.i., par. 100‑102). Dans cette affaire, notre Cour a fait siens les motifs dissidents du juge en chef Bauman de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique. L’une des trois questions en litige dans cette affaire était celle de savoir si le juge du procès avait fait erreur en ne tenant pas de voir‑dire au sujet de la preuve présentée par le ministère public constituée de messages textes échangés entre les parties avant l’agression sexuelle. Dans ces messages, on trouvait une unique déclaration prospective de la plaignante portant qu’elle n’allait pas avoir de rapports sexuels avec l’accusé la fin de semaine où l’agression a eu lieu. Le juge en chef Bauman a statué que cette déclaration ne faisait pas entrer en jeu la règle d’exclusion de la preuve concernant le passé sexuel prévue par la common law (par. 125).
70. Je tiens à souligner qu’à l’époque du procès de M. Langan, le Parlement n’avait pas encore édicté le par. 276(4) afin de clarifier l’application du régime légal aux communications. L’arrêt de notre Cour dans *Langan* doit donc être lu à la lumière du cadre légal qui s’appliquait à l’époque du procès dans cette affaire. Ainsi que je l’ai expliqué, le par. 276(4) précise que le régime vise « toute communication à des fins d’ordre sexuel ou dont le contenu est de nature sexuelle ». En édictant cette disposition, le Parlement a éliminé toute ambiguïté qui existait jusque‑là sur la question de savoir si les communications de nature sexuelle de la personne plaignante étaient visées par le régime de filtrage. Il convient de reconnaître que la common law sur ce point a, depuis, évolué de manière conforme au changement législatif. Comme je l’ai dit, le régime de common law et le régime légal doivent être en harmonie afin d’assurer l’administration ordonnée de la justice.
71. Cela dit, dans l’arrêt *Langan*, la Cour a reconnu l’importance d’interpréter d’une manière fonctionnelle et contextuelle la décision du juge du procès en cas de révision en appel. Comme il a été expliqué dans *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, [2021] 1 R.C.S. 801, par. 78, notre Cour a fait sienne la conclusion du juge en chef Bauman de la Cour d’appel de la Colombie‑Britannique portant que l’utilisation ambiguë par le juge du procès de certains messages textes ne devrait pas être considérée comme étant erronée en l’absence d’indications claires à l’effet contraire. Cette interprétation fonctionnelle donne effet à la présomption selon laquelle les juges présidant les procès appliquent correctement le droit (*G.F.*, par. 74).
	* 1. Utilisations permises de la preuve d’inactivité sexuelle
72. En statuant que la preuve d’inactivité sexuelle est présumée inadmissible, je tiens à réitérer que cette preuve n’est pas écartée de façon catégorique. La présomption a uniquement pour fonction d’éliminer les raisonnements discriminatoires. Comme le souligne la professeure Lisa Dufraimont, [traduction] « [l]es conclusions de portée générale voulant que certaines formes de preuves ne soient pas pertinentes devraient être évitées. [. . .] [L]es mythes et stéréotypes au sujet des agressions sexuelles sont à juste titre considérées comme des déductions prohibées » (« Myth, Inference and Evidence in Sexual Assault Trials » (2019), 44 *Queen’s L.J.* 316, p. 346).
73. Comme l’a clairement indiqué notre Cour dans *Darrach*,« [l]es termes “déduire du caractère sexuel de cette activité” à l’art. 276 sont une précision du législateur que les déductions qui sont interdites sont celles qui sont faites à partir du caractère sexuel de l’activité et non pas celles qui sont faites à partir d’autres caractéristiques éventuellement pertinentes de cette activité » (par. 35 (soulignement dans l’original)). Un principe similaire s’applique à la preuve d’inactivité sexuelle. Certaines caractéristiques de la preuve d’inactivité sexuelle peuvent être pertinentes et utilisées à bon escient; ce sont uniquement les déductions basées sur un raisonnement fondé sur les deux mythes inverses ou des formes analogues de raisonnement discriminatoire qui sont interdites.
74. L’arrêt *R.V.* constitue un exemple utile de la façon dont une preuve d’inactivité sexuelle peut être produite à des fins permises. Dans cette affaire, le ministère public avait introduit une preuve médicale pour démontrer que la plaignante était tombée enceinte à l’époque de l’agression alléguée. Cette preuve a été produite pour appuyer le témoignage de la plaignante que l’agression avait été la cause de la grossesse et pour réfuter l’affirmation de l’accusé qu’aucune activité sexuelle n’avait eu lieu. Cependant, parce que la plaignante avait mis fin à la grossesse, un test génétique de paternité était devenu impossible, créant ainsi une lacune dans la preuve relativement à l’identité de celui qui avait causé la grossesse à l’époque pertinente. Pour aider à combler cette lacune, la plaignante a témoigné qu’elle était vierge au moment de l’agression.
75. Cette preuve de virginité a en conséquence été utilisée pour prouver que l’accusé avait commis un élément de l’*actus reus* (le contact sexuel) en invitant le juge des faits à déduire que seul l’accusé pouvait être la cause de la grossesse. La preuve d’inactivité sexuelle n’a pas été produite au soutien d’un raisonnement fondé sur les deux mythes inverses. Le ministère public n’a pas plaidé que, parce que la plaignante était vierge, elle avait une propension à ne pas consentir et était de ce fait moins susceptible d’avoir consenti à l’activité sexuelle en question, ou elle était par ailleurs davantage digne de foi. La caractéristique pertinente de la preuve d’inactivité sexuelle était le moment de l’inactivité.
76. La preuve d’inactivité sexuelle peut également être utilisée à d’autres fins admissibles. Dans certaines circonstances, les indications antérieures de désintérêt sexuel envers l’accusé exprimées par la personne plaignante dans les instants ayant précédé l’agression alléguée peuvent être admissibles en vertu de l’exception à la règle du ouï‑dire relative aux déclarations d’intention existante et peuvent être utilisées comme preuve circonstancielle relativement à la question du consentement. Le même principe s’applique en ce qui a trait aux indications antérieures d’intérêt sexuel émanant de la personne plaignante (voir *R. c. Reimer*, 2024 ONCA 519, 173 O.R. (3d) 412, par. 75‑83; voir aussi *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 29). Un raisonnement similaire peut aussi rendre admissibles les indications antérieures d’intérêt ou de désintérêt sexuel émanant de la plaignante en tant que preuve circonstancielle de sa capacité à consentir, y compris son aptitude à comprendre les quatre critères énumérés dans *G.F.*,par. 57 (voir aussi *R. c. Garciacruz*, 2015 ONCA 27, 320 C.C.C. (3d) 414, par. 69). Dans chacune de ces circonstances, la caractéristique pertinente de la preuve concernant le passé sexuel est la déclaration d’intention, et non la nature sexuelle ou l’absence de nature sexuelle de la preuve. Cela dit, l’admissibilité de ce type de preuve doit être traitée avec soin et ne devrait jamais se voir accorder un poids déterminant. Les juges présidant les procès doivent demeurer attentifs à la valeur probante de la preuve et à ses effets préjudiciables potentiellement élevés. La force probante de déclarations d’intention antérieures dépend entre autres de leur degré de spécificité et de leur proximité temporelle par rapport à l’agression alléguée. Comme l’a indiqué notre Cour dans l’arrêt *R. c. Starr*, 2000 CSC 40, [2000] 2 R.C.S. 144, une déclaration d’intention peut appuyer l’inférence selon laquelle le déclarant a donné suite à la façon dont il comptait agir seulement si « la preuve perme[t] raisonnablement au juge des faits de déduire que le déclarant l’a fait » (par. 169).
77. Les fins permises à l’égard desquelles la preuve d’inactivité sexuelle peut être produite doivent être identifiées avec soin. Comme c’est le cas pour toutes les autres formes de preuve concernant le passé sexuel, il incombe à la partie qui souhaite produire la preuve d’inactivité sexuelle d’identifier avec précision, au moyen de déductions permises, en quoi la preuve est en rapport avec un élément litigieux de la cause. Lorsque la preuve est en rapport avec le contexte ou la crédibilité, la preuve ne doit pas simplement « permettre de façon générale » de miner ou de renforcer la crédibilité de la personne plaignante ou d’ajouter du contexte utile aux circonstances de l’affaire afin qu’elle ait une force probante suffisante pour l’emporter sur son effet préjudiciable inhérent (*T.W.W.*, par. 27). En conséquence, la preuve « doit répondre à une question précise au procès qui ne pourrait être examinée ou résolue en son absence » (*ibid.*).
	1. Un nouveau procès est nécessaire
78. Les messages échangés sur les médias sociaux faisant état de la virginité de la plaignante et des indications antérieures de celle‑ci relatives à son désintérêt pour une relation de nature sexuelle, messages qui ont été envoyés des mois avant l’activité sexuelle à l’origine de l’accusation, constituaient de la preuve à charge concernant le passé sexuel qui est présumée inadmissible selon la common law. La juge du procès a fait erreur en admettant ces messages en preuve sans tenir de voir‑dire, puis en permettant qu’ils fassent l’objet de questions par le ministère public et l’avocat de la défense. Les deux parties auraient dû présenter leur demande de voir‑dire respective afin de permettre au tribunal de s’assurer que la preuve était en rapport avec un élément litigieux de la cause et était autrement admissible.
79. Le ministère public prétend que, même si la juge du procès a fait erreur en ne tenant pas de voir‑dire à l’égard de la preuve d’inactivité sexuelle, la disposition réparatrice devrait s’appliquer parce que M. Kinamore n’a subi aucun préjudice en raison de l’admission de cette preuve (m.i., par. 10). Selon les prétentions du ministère public, M. Kinamore n’a subi aucun préjudice en raison de l’admission des indications antérieures de désintérêt sexuel de la plaignante, étant donné que cette preuve était admissible. Le ministère public plaide que, en tant que déclarations d’intention existante, les messages étaient en rapport avec la question du consentement (*actus reus*) et avec la connaissance de M. Kinamore du non‑consentement (*mens rea*) (par. 11), et que ces déclarations n’ont pas été utilisées à une fin inappropriée par la juge du procès (par. 12). Le ministère public soutient que la preuve concernant la virginité de la plaignante était elle aussi admissible et n’a pas été utilisée à une fin non permise (par. 114‑116).
80. La disposition réparatrice applicable est le sous‑al. 686(1)b)(iii) du *Code criminel*. Comme l’a récemment expliqué notre Cour dans *R. c. Tayo Tompouba*, 2024 CSC 16, cette disposition s’applique généralement lorsqu’il n’existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent en l’absence de l’erreur. Cela survient dans deux cas : premièrement, lorsque l’erreur ou l’irrégularité en question est négligeable ou inoffensive de sorte qu’elle n’a eu aucune incidence sur le verdict, ou, deuxièmement, lorsque l’erreur ou l’irrégularité, malgré sa gravité qui justifierait la tenue d’un nouveau procès, n’a causé aucun tort important ni erreur judiciaire grave, étant donné que la preuve contre l’accusé est à ce point accablante que le juge des faits rendrait inévitablement un verdict de culpabilité (par. 76). En l’espèce, il est allégué que l’erreur de la juge du procès était inoffensive et n’a eu aucune incidence sur le verdict.
81. Le ministère public a le fardeau de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l’erreur de droit était inoffensive(*Tayo Tompouba*, par. 90).
82. Je ne crois pas que le ministère public s’est acquitté de son fardeau de persuasion. L’argument du ministère public selon lequel l’erreur de la juge du procès était inoffensive parce que cette preuve aurait été jugée admissible revient à demander à notre Cour de formuler des hypothèses concernant les aspects de ces éléments de preuve qui auraient été admis et à quelles fins. Comme l’a dit notre Cour dans *Barton*, il serait « à la fois malavisé et pratiquement impossible » de le faire (par. 84).Lorsqu’un appel découle d’un procès devant juge seul, afin qu’une telle erreur soit traitée comme inoffensive, le ministère public doit démontrer que la preuve concernant le passé sexuel présumée inadmissible n’a joué aucun rôle important dans les motifs du juge du procès déclarant l’accusé coupable (*R. c. O’Brien*, 2011 CSC 29, [2011] 2 R.C.S. 485, par. 15‑19; *R. c. Leaney*, [1989] 2 R.C.S. 393, p. 415‑416; voir aussi *R. c. Khan*, 2001 CSC 86, [2001] 3 R.C.S. 823, par. 30).En l’espèce, les motifs de la juge du procès regorgeaient de mentions de la preuve présumée inadmissible.
83. La juge du procès a conclu que le témoignage de M. Kinamore ne permettait pas de soulever un doute raisonnable, puisqu’il était [traduction] « inconsistant en ce qu’il changeait chaque fois [que M. Kinamore] était confronté à un fait qui n’avait pas de sens » (par. 10). Pour étayer cette description, la juge du procès s’est largement appuyée sur les messages échangés sur les médias sociaux présumés inadmissibles et sur la preuve de vive voix à leur sujet. Par exemple, une incohérence sur laquelle la juge du procès s’est appuyée se rapportait au témoignage de M. Kinamore suivant lequel la plaignante lui aurait envoyé des photos. Durant son interrogatoire principal, M. Kinamore a été questionné sur l’échange de messages où il a demandé à la plaignante de lui envoyer une photo de ses seins (d.a., p. 158). Ce témoignage a ensuite évolué, M. Kinamore suggérant que la plaignante et lui s’étaient échangés des photographies d’eux nus (p. 161). En contre‑interrogatoire, le ministère public a rappelé ce témoignage à M. Kinamore et lui a demandé s’il connaissait la définition de pornographie juvénile (p. 195). Cette question a subséquemment amené M. Kinamore à déclarer que les seules photos de nus qui avaient été envoyées étaient des photos de lui‑même (*ibid.*).
84. Un autre exemple est le recours de la juge du procès au témoignage changeant de M. Kinamore à propos de son interprétation d’un message de la plaignante dans lequel celle‑ci affirmait « Je vais te détruire ». Lors de son interrogatoire principal, M. Kinamore a interprété le message de la plaignante comme ayant un caractère sexuel (d.a., p. 151). En contre‑interrogatoire, M. Kinamore a expliqué que pendant cette conversation ils parlaient tous les deux de lutte nue (p. 207). Après avoir souligné le caractère changeant du témoignage de M. Kinamore, la juge du procès a conclu que sa qualification du message n’était pas plausible, compte tenu des diverses indications de désintérêt sexuel émanant de la plaignante dans les messages (par. 13).
85. En somme, l’appréciation par la juge du procès de la crédibilité de M. Kinamore et de la plaignante était inextricablement liée à la preuve concernant le passé sexuel présumée inadmissible. Vu le rôle important de cette preuve dans les raisons invoquées par la juge pour déclarer l’accusé coupable, le ministère public n’a pas prouvé que l’erreur concernant la preuve était inoffensive. Un nouveau procès doit être ordonné.
86. Conclusion
87. Toutes les parties au sein du système de justice criminelle ont l’obligation d’aider à réduire au minimum les coûts et délais inutiles qui affectent actuellement les procès pour infractions d’ordre sexuel. Les présents motifs visent à faciliter la réalisation de cet objectif en levant certaines des incertitudes qui restent en ce qui concerne les règles de preuve régissant le passé sexuel des personnes plaignantes. Premièrement, la preuve d’inactivité sexuelle est une preuve présumée inadmissible en application des règles prévues par l’art. 276 et par la common law, parce qu’elle fait partie du passé sexuel de la personne plaignante et qu’elle peut évoquer des mythes et des stéréotypes particuliers que ces règles visent à éliminer. Deuxièmement, sous réserve de deux modifications, les demandes de production de preuve du ministère public sont assujetties aux mêmes exigences de procédure et d’admissibilité sur le plan du fond que celles applicables aux demandes présentées par la défense sous le régime de l’art. 276.
88. Étant donné que ces principes n’ont pas été respectés au procès, j’accueillerais le pourvoi, j’annulerais la condamnation et j’ordonnerais la tenue d’un nouveau procès.

 *Pourvoi accueilli.*

 Procureurs de l’appelant : MN Law, Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

 Procureur de l’intimé : Ministry of the Attorney General, Crown Counsel – Criminal Appeals, Vancouver.

 *Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Ontario : Procureur général de l’Ontario, Bureau des avocats de la Couronne – Droit criminel, Toronto.*

 *Procureur de l’intervenant le procureur général du Manitoba : Justice Manitoba, Service des poursuites, Winnipeg.*

 *Procureur de l’intervenant le procureur général de l’Alberta : Alberta Crown Prosecution Service, Appeals and Specialized Prosecutions Office, Edmonton.*

 Procureurs de l’intervenante Criminal Trial Lawyers’ Association : Dawson Duckett Garcia & Johnson, Edmonton.

 Procureurs de l’intervenante Trial Lawyers Association of British Columbia : Peck and Company, Vancouver; Pringle Law, Vancouver.

 Procureurs de l’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) : Daniel Brown Law, Toronto; Little Legal, Toronto.