

**Craig Jaret Hutchinson** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**Canadian HIV/AIDS Legal Network and HIV & AIDS Legal Clinic Ontario** *Interveners*

**INDEXED AS: R. v. HUTCHINSON**

**2014 SCC 19**

File No.: 35176.

2013: November 8; 2014: March 7.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

*Criminal law — Offences — Sexual assault — Consent — Complainant consenting to sexual activity with male partner unaware that he had sabotaged condom — Whether evidence establishing that there was no voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question or whether complainant's apparent consent was vitiated by fraud — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265(3)(c), 273.1(1).*

The complainant agreed to sexual activity with her partner, H, insisting that he use a condom in order to prevent conception. Unknown to her, H had poked holes in the condom and the complainant became pregnant. H was charged with aggravated sexual assault. The trial judge found that the complainant had not consented to unprotected sex and convicted H of sexual assault. On appeal, the majority upheld the conviction on the basis that condom protection was an “essential feature” of the sexual activity, and therefore the complainant did not consent to the “sexual activity in question”. The dissenting judge held that there was consent to the “sexual activity in question”, but that a new trial was required to determine whether consent was vitiated by fraud.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Wagner JJ.: The *Criminal Code* sets out a two-step

**Craig Jaret Hutchinson** *Appellant*

c.

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

**Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : R. c. HUTCHINSON**

**2014 CSC 19**

N° du greffe : 35176.

2013 : 8 novembre; 2014 : 7 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

*Droit criminel — Infractions — Agression sexuelle — Consentement — Consentement de la plaignante à une activité sexuelle avec un partenaire masculin sans savoir qu'il avait saboté le condom — La preuve établit-elle l'absence de l'accord volontaire de la plaignante à l'activité sexuelle ou l'accord apparent de la plaignante a-t-il été vicié par la fraude? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265(3)(c), 273.1(1).*

La plaignante a consenti à une activité sexuelle avec son partenaire, H, en insistant pour qu'il utilise un condom afin de prévenir une grossesse. À son insu, H a percé des trous dans le condom et la plaignante est tombée enceinte. H a été accusé d'agression sexuelle grave. Le juge du procès a conclu que la plaignante n'avait pas consenti à des rapports sexuels non protégés et a déclaré H coupable d'agression sexuelle. En appel, les juges majoritaires ont maintenu la déclaration de culpabilité au motif que l'utilisation du condom constituait une « caractéristique essentielle » de l'activité sexuelle et que, pour cette raison, la plaignante n'y avait pas consenti. Le juge dissident a conclu qu'il y avait eu consentement à l'activité sexuelle, mais qu'un nouveau procès était nécessaire pour déterminer si ce consentement avait été vicié par la fraude.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Wagner : Le *Code criminel* établit une analyse

process for analyzing consent to sexual activity. The first step is to determine whether the evidence establishes that there was no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1) and it requires proof that the complainant did not voluntarily agree to the touching, its sexual nature, or the identity of the partner. If the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about the lack of voluntary agreement to the sexual activity in question, the second step is to consider under ss. 265(3) and 273.1(2) whether there are any circumstances that may vitiate the complainant’s ostensible consent or participation. In this case, the main issue is whether condom sabotage resulted in there being no “voluntary agreement by the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1) or whether the condom sabotage constituted fraud under s. 265(3)(c), with the result that no consent was obtained. Resolving this issue requires the Court to determine the meaning of the “sexual activity in question” in s. 273.1(1).

There are essentially two approaches to determining the meaning of what constitutes voluntary agreement to the sexual activity in question and the role of mistake or deception in determining whether such agreement existed. The first approach defines the “sexual activity in question” as extending beyond the basic sexual activity the complainant thought she was consenting to at the time to conditions and qualities of the act or risks and consequences flowing from it, provided these conditions are “essential features” of the sexual activity or go to “how” the physical touching was carried out. The second approach defines “the sexual activity in question” more narrowly as the basic physical act agreed to at the time, its sexual nature, and the identity of the partner. If the complainant subjectively agreed to the partner’s touching and its sexual nature, voluntary agreement is established under s. 273.1(1). That voluntary agreement, however, may not be legally effective.

The primary tools of statutory construction including the plain words of the provisions, the scheme of the provisions and the legislative history support a narrow interpretation of the basic definition of consent in s. 273.1(1). The jurisprudence and the provisions also support this interpretation. This Court has interpreted the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code* in the context of HIV non-disclosure cases: *Cuerrier*; *Mabior*. The adoption of the “essential features”/“how the act was carried out” approach would be inconsistent

en deux étapes pour décider s’il y a eu consentement à une activité sexuelle. La première étape consiste à déterminer si la preuve démontre l’absence d’« accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1) et exige la preuve que le plaignant n’a pas donné son accord volontaire aux contacts, à leur nature sexuelle ou à l’identité du partenaire. Si le plaignant a consenti, ou encore si son comportement fait naître un doute raisonnable quant à l’absence de consentement à l’activité sexuelle, il faut passer à la seconde étape et se demander, en application des par. 265(3) et 273.1(2), s’il existe des circonstances ayant pu vicier le consentement apparent du plaignant ou sa participation. En l’espèce, la principale question à trancher est celle de savoir si le sabotage du condom a eu pour effet d’entraîner une absence d’« accord volontaire de la plaignante à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1) ou si ce sabotage a constitué une fraude au regard de la disposition prévue à l’al. 265(3)c), avec pour résultat qu’il n’y a pas eu consentement. Pour répondre à cette question, la Cour doit dégager le sens de l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1).

Il existe essentiellement deux approches pour déterminer ce que signifie un accord volontaire à l’activité sexuelle et le rôle que joue l’erreur ou la tromperie lorsqu’il s’agit de déterminer si un tel accord a été donné. Dans le cadre de la première approche, la définition de l’expression « l’activité sexuelle » n’englobe pas que la seule activité sexuelle à laquelle la plaignante croyait consentir au moment pertinent, mais également les conditions et les caractéristiques de l’acte ou encore les risques et les conséquences en découlant, pourvu que ces conditions constituent des « caractéristiques essentielles » de l’activité sexuelle ou concernent la « façon » dont les contacts physiques se sont déroulés. La deuxième approche définit plus étroitement « l’activité sexuelle » comme étant essentiellement l’acte physique dont il a été convenu au moment pertinent, la nature sexuelle de cet acte et l’identité du partenaire. Si la plaignante a subjectivement consenti à ce que son partenaire la touche ainsi qu’à la nature sexuelle de ces contacts, l’accord volontaire est établi pour l’application du par. 273.1(1). Toutefois, cet accord volontaire peut être sans effet en droit.

Les principales méthodes d’interprétation législatives, y compris celles fondées sur le sens ordinaire des mots utilisés par le législateur, sur l’économie de la loi et sur l’historique législatif militent en faveur d’une interprétation étroite de la définition générale du terme consentement au par. 273.1(1). La jurisprudence et les dispositions législatives pertinentes appuient aussi cette interprétation. La Cour a interprété la disposition relative à la fraude énoncée à l’al. 265(3)c) du *Code criminel* dans des affaires où l’accusé n’avait pas dévoilé sa

with the approach adopted in *Cuerrier* and *Mabior* and would put the outcome in those cases in question. Under the “essential features”/“how the act was carried out” approach, mistakes — they need not be deceptions — about conditions and qualities of the physical act will result in a finding of no consent under s. 273.1(1) even in the absence of risk of harm. For example, there would be no consent found under s. 273.1(1) in cases involving deception about HIV status, even where the accused had a low viral load and condom protection was used. Finally, adopting the “essential features” or “how the physical act was carried out” approach would re-introduce a vague and unclear test for consent, and could also criminalize conduct that lacks the necessary reprehensible character, casting the net of the criminal law too broadly.

Properly interpreted, voluntary agreement to the sexual activity in question in s. 273.1(1) means that the complainant must subjectively agree to the *specific* physical act itself, its sexual nature and the specific identity of the partner. The “sexual activity in question” does not include conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases. Here, the “sexual activity in question” was sexual intercourse and the complainant voluntarily agreed to it. On the question of whether her agreement to the “sexual activity in question” was vitiated by fraud, the dishonesty is evident and admitted. The only remaining issue is whether there was a sufficient deprivation to establish fraud. Where a complainant has chosen not to become pregnant, deceptions that expose her to an increased risk of becoming pregnant may constitute a sufficiently serious deprivation to vitiate consent under s. 265(3)(c). This application of “fraud” under s. 265(3)(c) is consistent with *Charter* values of equality and autonomy, while recognizing that not every deception that induces consent should be criminalized. In this case, there was no consent by reason of fraud, pursuant to s. 265(3)(c).

*Per* Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ.: At its core, this case concerns the right recognized in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, to determine how sexual

séropositivité : *Cuerrier; Mabior*. L’adoption de l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou de celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » serait incompatible avec celle retenue dans *Cuerrier* et *Mabior* et remettrait en question l’issue de ces affaires. Selon l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé », des erreurs — qui n’ont pas à résulter de tromperies — portant sur les conditions et caractéristiques de l’acte physique amèneront les tribunaux à conclure qu’il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1), et ce, même en l’absence de risque de préjudice. Par exemple, les tromperies liées à la séropositivité pourraient amener le tribunal à conclure à l’absence de consentement au sens du par. 273.1(1), même lorsque la charge virale de l’accusé était faible au moment des faits et qu’un condom a été utilisé. Finalement, adopter l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » réintroduirait une analyse vague et obscure en matière de consentement et pourrait, en outre, criminaliser des comportements ne présentant pas le caractère répréhensible nécessaire et, ainsi, étendre trop largement la portée du droit criminel.

Interprété correctement, l’accord volontaire à l’activité sexuelle prévu au par. 273.1(1) signifie que le plaignant doit consentir subjectivement à l’acte physique *précis*, à sa nature sexuelle et à l’identité précise du partenaire. L’expression « l’activité sexuelle » ne vise pas les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de maladies transmissibles sexuellement. En l’espèce, « l’activité sexuelle » consistait en des rapports sexuels et la plaignante y a consenti volontairement. Quant à la question de savoir si son accord à « l’activité sexuelle » a été vicié par la fraude, la malhonnêteté est évidente et admise. La seule question qu’il reste à trancher est celle de savoir s’il y a eu privation suffisante pour établir l’existence d’une fraude. Dans les cas où une plaignante a choisi de ne pas devenir enceinte, les tromperies qui l’exposent à un risque accru de grossesse peuvent constituer une privation suffisamment grave pour représenter une fraude viciant le consentement suivant l’al. 265(3)c). Cette interprétation de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c) est compatible avec les valeurs d’égalité et d’autonomie consacrées par la *Charte* tout en reconnaissant du même coup qu’il n’y a pas lieu de criminaliser toute tromperie qui incite une personne à donner son consentement. En l’espèce, il n’y a pas eu consentement en raison d’une fraude visée à l’al. 265(3)c).

*Les juges* Abella, Moldaver et Karakatsanis : Essentially, the present case concerns the right, recognized in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, to decide de

activity will take place. Society's commitment to protecting a person's autonomy and dignity requires that individuals have the right to determine *who* touches their body, and *how* the touching will occur. This protection underlies the definition of consent set out in s. 273.1(1) as "the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question". Consent to the "sexual activity in question" necessarily means the complainant's voluntary agreement both to engage in touching of a sexual nature and to the manner in which that touching is carried out. The starting point for the analysis of consent under the *actus reus* of sexual assault is s. 273.1(1). When a complainant does not voluntarily agree to the sexual activity which occurred, consent does not exist within the meaning of s. 273.1(1), and the inquiry for the purposes of the *actus reus* of sexual assault is complete. If there is *no* consent *ab initio*, it is pointless to inquire whether there was fraud under s. 265(3)(c) which would have vitiated the complainant's consent. In other words, without voluntary agreement as to the "how" — the manner in which the sexual activity in question occurred — there is no consent within the meaning of s. 273.1(1).

Unlike under s. 265(3)(c), which requires both a dishonest act *and* a deprivation, consent under s. 273.1(1) has never required an analysis of the risks or consequences caused by unwanted sexual touching. It is the unwanted nature of non-consensual sexual activity that violates the complainant's sexual integrity and gives rise to culpability under the criminal law, not just the risk of further harm that the sexual touching may create. Requiring an analysis of the risks or consequences of non-consensual touching by applying s. 265(3)(c) whenever deception is later discovered, adds a barrier to the simple ability to demonstrate whether the activity which occurred was agreed to *when it occurred*. It thereby undermines the values of personal autonomy and physical integrity sought to be protected by making sexual assault an offence.

It does not follow that because a condom is a form of birth control, it is not also part of the sexual activity. Removing the use of a condom from the meaning of sexual activity in s. 273.1(1) because the condom may have been intended for contraceptive purposes, means that an individual has no right to require the use of a condom during intercourse where pregnancy is not at issue. All individuals must have an equal right to determine how they are touched, regardless of gender, sexual

la façon dont se dérouleront les contacts sexuels. Parce que la société est déterminée à protéger l'autonomie et la dignité de la personne, il faut que celle-ci ait le droit de décider *qui* touchera son corps et la *façon* dont se dérouleront les contacts sexuels. Cette protection est à la base de la définition du mot « consentement » énoncée au par. 273.1(1), à savoir « l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle ». Le consentement à « l'activité sexuelle » s'entend nécessairement de l'accord volontaire du plaignant à la fois aux contacts de nature sexuelle et à la manière dont ces contacts se déroulent. Le paragraphe 273.1(1) constitue le point de départ de l'analyse du consentement eu égard à l'*actus reus* de l'agression sexuelle. Lorsque le plaignant n'a pas donné son accord volontaire à l'activité sexuelle qui s'est déroulée, il n'y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1) et l'analyse relative à l'*actus reus* de l'agression sexuelle est complète. S'il n'y a *pas* eu dès le départ consentement à l'activité sexuelle, il est inutile de se demander si le consentement a été vicié par une fraude visée à l'al. 265(3)c). En d'autres mots, en l'absence d'accord volontaire quant à la « façon » — c'est-à-dire la manière dont s'est déroulée l'activité sexuelle — il n'y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1).

À la différence de l'analyse requise pour l'application de l'al. 265(3)c), qui requiert à la fois un acte malhonnête *et* une privation, l'analyse relative au consentement visé au par. 273.1(1) n'a jamais exigé la prise en compte des risques ou conséquences causés par des contacts sexuels non souhaités. C'est la nature non souhaitée des contacts sexuels non consensuels qui viole l'intégrité sexuelle du plaignant et qui entraîne la culpabilité en droit criminel, pas seulement le risque de préjudice additionnel que peuvent engendrer les contacts sexuels. Exiger l'analyse des risques ou conséquences de contacts sexuels non consensuels en application de l'al. 265(3)c), si l'existence d'une tromperie est découverte après coup, ajoute une barrière supplémentaire à la simple capacité de démontrer s'il y a eu ou non consentement à l'activité *au moment où elle s'est déroulée*. Par conséquent, cette exigence porte atteinte aux valeurs d'autonomie personnelle et d'intégrité physique que le législateur cherchait à protéger en créant l'infraction d'agression sexuelle.

Le fait qu'un condom constitue un moyen de contraception ne signifie pas pour autant qu'il ne fait pas également partie de l'activité sexuelle. Exclure le port du condom de ce qui est visé par l'activité sexuelle au par. 273.1(1) parce qu'il peut dans certains cas être utilisé à des fins contraceptives signifie qu'une personne ne pourrait en exiger l'usage au cours de rapports sexuels lorsque la question de la grossesse ne se pose pas. Toute personne doit disposer d'un droit égal de décider de

orientation, reproductive capacity, or the type of sexual activity they choose to engage in. By any definition, when someone uses a condom, it is part of the sexual activity. It is therefore part of what is — or is not — consented to. When individuals agree to sexual activity with a condom, they mean an intact condom. They are not merely agreeing to a sexual activity, they are agreeing to how it should take place. That is what s. 273.1(1) was intended to protect.

A person consents to *how* she will be touched, and she is entitled to decide what sexual activity she agrees to engage in for whatever reason she wishes. The fact that some of the consequences of her motives are more serious than others, such as pregnancy, does not in the slightest undermine her right to decide how the sexual activity she chooses to engage in is carried out. It is neither her partner's business nor the state's. The complainant's voluntary agreement to the manner in which the sexual touching is carried out, requires the complainant's consent to where on her body she was touched and with what. It does not, however, require consent to the consequences of that touching, or the characteristics of the sexual partner, such as age, wealth, marital status, or health. These consequences or characteristics, while undoubtedly potentially significant, are not part of the actual physical activity that is agreed to.

In this case, the question is not whether consent was vitiated by fraud. It is whether there was consent to the sexual activity in the first place. The complainant agreed to engage in sexual activity in a certain manner, that is, sexual intercourse with an intact condom. H deliberately sabotaged the condom without her knowledge or agreement. The fact that she only learned of the deliberate sabotaging after the sexual activity took place, is of no relevance. What is relevant is what sexual activity she agreed to engage in with H and whether he stuck to the bargain. In this case, he did not. Since the complainant did not agree to how she was touched at the time it occurred, consent within the meaning of s. 273.1(1) did not exist.

### Cases Cited

By McLachlin C.J. and Cromwell J.

**Discussed:** *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, rev'g 1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235; *R. v. Cuerrier*,

la manière dont elle est touchée, indépendamment de son sexe, de son orientation sexuelle, de sa capacité de reproduction ou de l'activité sexuelle à laquelle elle choisit de participer. Nous ne voyons pas comment le condom peut être considéré comme autre chose qu'un aspect de la façon dont se déroulent les contacts sexuels. Il s'agit donc d'un aspect auquel il est — ou n'est pas — consenti. La personne qui consent à une activité sexuelle avec condom comprend qu'il s'agira d'un condom intact. Elle ne donne pas seulement son accord à une activité sexuelle, elle convient également de la façon dont celle-ci doit se dérouler. C'est ce que le par. 273.1(1) visait à protéger.

Une personne consent à la *façon* dont elle sera touchée, et elle a le droit de choisir l'activité sexuelle à laquelle elle consent à participer, et ce, pour les raisons qui lui plaisent. Le fait que certaines conséquences des raisons qui la motivent soient plus graves que d'autres, la grossesse par exemple, n'affecte d'absolument aucune façon son droit de décider de la manière dont se déroulera l'activité sexuelle à laquelle elle veut participer. Cela ne regarde ni son partenaire ni l'État. Pour qu'il y ait eu accord volontaire de la plaignante à la façon dont se sont déroulés les contacts sexuels, il faut qu'elle ait consenti à être touchée là où elle l'a été et à ce avec quoi elle l'a été. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'elle ait consenti aux conséquences de ces contacts ou aux caractéristiques du partenaire sexuel, par exemple son âge, sa fortune, son état matrimonial ou son état de santé. Bien que sans aucun doute potentiellement importantes, ces conséquences ou caractéristiques ne font pas partie de l'activité sexuelle à l'égard de laquelle l'accord a été donné.

En l'espèce, la question à trancher n'est pas celle de savoir si le consentement a été vicié par la fraude, il s'agit de savoir s'il y a eu au départ consentement à l'activité sexuelle. La plaignante a consenti à participer d'une certaine manière à une activité sexuelle, à savoir des rapports sexuels avec un condom intact. H a délibérément saboté le condom sans que la plaignante le sache ou y consente. Le fait qu'elle n'ait appris le sabotage délibéré du condom qu'après l'activité sexuelle n'a aucune pertinence. Ce qui est pertinent, c'est l'activité sexuelle à laquelle elle avait accepté de se livrer avec H et si celui-ci a respecté l'accord à cet égard. Or, en l'espèce, il ne l'a pas fait. Comme la plaignante n'a pas donné son accord à la façon dont elle a été touchée au moment où elle l'a été, il n'y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1).

### Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell

**Arrêts analysés :** *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, inf. 1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235; *R. c. Cuerrier*,

[1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; **referred to**: *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. v. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410; *R. v. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468; *R. v. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. v; *R. v. O.A.*, 2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305.

By Abella and Moldaver JJ.

**Discussed**: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584; **referred to**: *R. v. J.A.*, 2011 SCC 28, [2011] 2 S.C.R. 440; *R. v. Chase* (1984), 55 N.B.R. (2d) 97, rev'd [1987] 2 S.C.R. 293.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Criminal Code in relation to sexual offences and other offences against the person and to amend certain other Acts in relation thereto or in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19.

*Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, Bill C-49, 3rd Sess., 34th Parl., 1991 (assented to June 23, 1992), S.C. 1992, c. 38, preamble.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 15.

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 265, 268, 271, 273.1(1) "consent", (2).

*Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, ss. 259(b), 266.

### Authors Cited

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1992, pp. 12027-28, 12041, 12043, 12045.

Falk, Patricia J. "Rape by Fraud and Rape by Coercion" (1998), 64 *Brook. L. Rev.* 39.

Feinberg, Joel. "Victims' Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent" (1986), 96 *Ethics* 330.

Fischer, David A. "Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts" (1977), 46 *U. Cin. L. Rev.* 71.

Hooper, Anthony. "Fraud in Assault and Rape" (1968), 3 *U.B.C. L. Rev.* 117.

Perkins, Rollin M., and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1982.

Puttkammer, Ernst Wilfred. "Consent in Rape" (1924-1925), 19 *Ill. L. Rev.* 410.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.

Wertheimer, Alan. *Consent to Sexual Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Westen, Peter. *The Logic of Consent: The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*. Burlington, Vt.: Ashgate, 2004.

[1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; **arrêts mentionnés** : *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23; *R. c. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410; *R. c. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468; *R. c. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. v; *R. c. O.A.*, 2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305.

Citée par les juges Abella et Moldaver

**Arrêts analysés** : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; **arrêts mentionnés** : *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Chase* (1984), 55 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 97, inf. par [1987] 2 R.C.S. 293.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 15.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 265, 268, 271, 273.1(1) « consentement », (2).

*Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 259b), 266.

*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, projet de loi C-49, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 1991 (sanctionné le 23 juin 1992), L.C. 1992, ch. 38, préambule.

*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, ch. 125, art. 19.

### Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 15 juin 1992, p. 12027-12028, 12041, 12043, 12045.

Falk, Patricia J. « Rape by Fraud and Rape by Coercion » (1998), 64 *Brook. L. Rev.* 39.

Feinberg, Joel. « Victims' Excuses : The Case of Fraudulently Procured Consent » (1986), 96 *Ethics* 330.

Fischer, David A. « Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts » (1977), 46 *U. Cin. L. Rev.* 71.

Hooper, Anthony. « Fraud in Assault and Rape » (1968), 3 *U.B.C. L. Rev.* 117.

Perkins, Rollin M., and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y. : Foundation Press, 1982.

Puttkammer, Ernst Wilfred. « Consent in Rape » (1924-1925), 19 *Ill. L. Rev.* 410.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.

Wertheimer, Alan. *Consent to Sexual Relations*. Cambridge : Cambridge University Press, 2003.

Westen, Peter. *The Logic of Consent : The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct*. Burlington, Vt. : Ashgate, 2004.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J.N.S. and Oland, Hamilton, Fichaud and Farrar JJ.A.), 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95, 1031 A.P.R. 95, 296 C.C.C. (3d) 22, 1 C.R. (7th) 1, 274 C.R.R. (2d) 254, [2013] N.S.J. No. 1 (QL), 2013 CarswellNS 22, affirming the conviction for sexual assault entered by Coughlan J., 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1, 985 A.P.R. 1, [2011] N.S.J. No. 723 (QL), 2011 CarswellNS 935. Appeal dismissed.

*Luke A. Craggs*, for the appellant.

*James A. Gumpert, Q.C.*, and *Timothy S. O'Leary*, for the respondent.

*Jonathan A. Shime, Wayne Cunningham* and *Ryan Peck*, for the interveners.

The judgment of McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Wagner JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND CROMWELL J. —

## I. Introduction

[1] Control over the sexual activity one engages in lies at the core of human dignity and autonomy: *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 28. This principle underlies the offences of assault and sexual assault. Sexual activity without consent is a crime under the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[2] In this case, the complainant consented to sexual activity with a condom to prevent conception. Unknown to her at the time, her partner, Mr. Hutchinson, poked holes in the condom and the complainant became pregnant. Mr. Hutchinson was charged with aggravated sexual assault. The complainant said that she did not consent to unprotected sex. The trial judge agreed and convicted Mr. Hutchinson of sexual assault (2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1). The majority of the Nova Scotia

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland, Hamilton, Fichaud et Farrar), 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95, 1031 A.P.R. 95, 296 C.C.C. (3d) 22, 1 C.R. (7th) 1, 274 C.R.R. (2d) 254, [2013] N.S.J. No. 1 (QL), 2013 CarswellNS 22, qui a confirmé la déclaration de culpabilité d'agression sexuelle inscrite par le juge Coughlan, 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1, 985 A.P.R. 1, [2011] N.S.J. No. 723 (QL), 2011 CarswellNS 935. Pourvoi rejeté.

*Luke A. Craggs*, pour l'appelant.

*James A. Gumpert, c.r.*, et *Timothy S. O'Leary*, pour l'intimée.

*Jonathan A. Shime, Wayne Cunningham* et *Ryan Peck*, pour les intervenants.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein, Cromwell et Wagner rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE CROMWELL —

## I. Introduction

[1] Le pouvoir dont dispose une personne à l'égard des activités sexuelles auxquelles elle participe constitue un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain : *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 28. Ce principe est à la base des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle. Une activité sexuelle se déroulant sans le consentement d'un participant est un crime prévu par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[2] En l'espèce, la plaignante a consenti à l'activité sexuelle, pourvu qu'un condom soit utilisé comme moyen contraceptif. À son insu, son partenaire, M. Hutchinson, a percé des trous dans le condom, et elle est tombée enceinte. Monsieur Hutchinson a été accusé d'agression sexuelle grave. La plaignante a affirmé ne pas avoir accepté d'avoir des rapports sexuels non protégés. Le juge du procès a retenu son témoignage et a déclaré M. Hutchinson coupable d'agression sexuelle (2011 NSSC 361, 311

Court of Appeal, *per* MacDonald C.J.N.S., upheld the conviction on the basis that condom protection was an essential feature of the sexual activity, and therefore the complainant did not consent to the “sexual activity in question”. Farrar J.A., dissenting, held that there was consent to the sexual activity, but that a new trial was required to determine whether consent was vitiated by fraud (2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95).

[3] The immediate problem is how cases such as this fall to be resolved under the provisions of the *Criminal Code*. This is an issue of statutory interpretation. Underlying this is a broader question — where should the line between criminality and non-criminality be drawn when consent is the result of deception?

[4] The *Criminal Code* sets out a two-step process for analyzing consent to sexual activity. The first step is to determine whether the evidence establishes that there was no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1). If the complainant consented, or her conduct raises a reasonable doubt about the lack of consent, the second step is to consider whether there are any circumstances that may vitiate her apparent consent. Section 265(3) defines a series of conditions under which the law deems an absence of consent, notwithstanding the complainant’s ostensible consent or participation: *Ewanchuk*, at para. 36. Section 273.1(2) also lists conditions under which no consent is obtained. For example, no consent is obtained in circumstances of coercion (s. 265(3)(a) and (b)), fraud (s. 265(3)(c)), or abuse of trust or authority (ss. 265(3)(d) and 273.1(2)(c)).

[5] We conclude that the first step requires proof that the complainant did not voluntarily agree to the touching, its sexual nature, or the identity of the partner. Mistakes on the complainant’s part (however

N.S.R. (2d) 1). Au nom des juges majoritaires de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, le juge en chef MacDonald a confirmé la déclaration de culpabilité, au motif que l’utilisation du condom constituait une caractéristique essentielle de l’« activité sexuelle » et que, pour cette raison, la plaignante n’avait pas consenti à celle-ci. Le juge Farrar, dissident, a conclu qu’il y avait eu consentement à l’activité sexuelle, mais qu’un nouveau procès était nécessaire pour déterminer si ce consentement avait été vicié par la fraude (2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95).

[3] Le premier problème consiste à déterminer comment des cas comme celui qui nous occupe doivent être tranchés au regard des dispositions du *Code criminel*. Il s’agit là d’une question d’interprétation législative. Mais, fondamentalement, ce problème soulève une question plus large : où devrait être tracée la ligne de démarcation entre les comportements criminels et les comportements non criminels lorsque le consentement résulte d’une tromperie?

[4] Le *Code criminel* établit une analyse en deux étapes pour décider s’il y a eu consentement à une activité sexuelle. La première étape consiste à déterminer si la preuve démontre l’absence d’« accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1). Si le plaignant a consenti, ou encore si son comportement fait naître un doute raisonnable quant à l’absence de consentement, il faut passer à la seconde étape et se demander s’il existe des circonstances ayant pu vicier le consentement apparent. Le paragraphe 265(3) énumère une série de situations dans lesquelles le droit considère qu’il y a eu absence de consentement, et ce, malgré la participation ou le consentement apparent du plaignant : *Ewanchuk*, par. 36. Le paragraphe 273.1(2) dresse une autre liste de situations où il y a absence de consentement. Par exemple, il ne saurait y avoir eu consentement dans les cas où celui-ci a été obtenu par la contrainte (al. 265(3)a) et b)), la fraude (al. 265(3)c)) ou encore un abus de confiance ou de pouvoir (al. 265(3)d) et 273.1(2)c)).

[5] Nous concluons que la première étape de l’analyse exige la preuve que le plaignant n’a pas donné son accord volontaire aux contacts, à la nature sexuelle des contacts ou à l’identité du partenaire.

caused) in relation to other matters, such as whether the partner is using effective birth control or has a sexually transmitted disease, are not relevant at this stage. However, mistakes resulting from deceptions in relation to other matters may negate consent at the second stage of the analysis, under the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

[6] Applying this template to the facts in this case leads us to conclude that, at the first step, the complainant voluntarily agreed to the sexual activity in question at the time that it occurred. The question is whether that consent was vitiated because she had been deceived as to the condition of the condom. This question is addressed at the second step. The accused's condom sabotage constituted fraud within s. 265(3)(c), with the result that no consent was obtained. We would therefore affirm the conviction and dismiss the appeal.

## II. The Provisions of the *Criminal Code*

[7] Section 265(1) of the *Criminal Code* establishes the general offence of assault:

**265.** (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

(b) he attempts or threatens, by an act or a gesture, to apply force to another person, if he has, or causes that other person to believe on reasonable grounds that he has, present ability to effect his purpose; or

(c) while openly wearing or carrying a weapon or an imitation thereof, he accosts or impedes another person or begs.

[8] Section 265(2) states that this section applies to all forms of assault, including sexual assault.

Les erreurs relatives à d'autres questions (quelle que soit leur cause) — par exemple celles de savoir si le partenaire utilise un moyen de contraception efficace ou est atteint d'une maladie transmissible sexuellement — ne sont pas pertinentes à cette étape. Toutefois, les erreurs résultant de tromperies relativement à d'autres questions peuvent annuler le consentement à la deuxième étape de l'analyse, en application de la disposition relative à la fraude énoncée à l'al. 265(3)c) du *Code criminel*.

[6] L'application de cette grille d'analyse aux faits de l'espèce nous amène à conclure, à la première étape, que la plaignante avait volontairement donné son accord à l'activité sexuelle au moment où celle-ci s'est déroulée. La question qui se pose est de savoir si ce consentement était vicié parce qu'elle avait été trompée quant à l'état du condom. Cette question est examinée à la seconde étape. Comme le sabotage du condom par l'accusé constituait une fraude visée à l'al. 265(3)c), il y avait donc absence de consentement. Nous sommes par conséquent d'avis de confirmer la déclaration de culpabilité et de rejeter le pourvoi.

## II. Les dispositions du *Code criminel*

[7] Le paragraphe 265(1) du *Code criminel* établit l'infraction générale de voies de fait :

**265.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas :

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

b) tente ou menace, par un acte ou un geste, d'employer la force contre une autre personne, s'il est en mesure actuelle, ou s'il porte cette personne à croire, pour des motifs raisonnables, qu'il est alors en mesure actuelle d'accomplir son dessein;

c) en portant ostensiblement une arme ou une imitation, aborde ou importune une autre personne ou mendie.

[8] Le paragraphe 265(2) précise que l'art. 265 s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles.

[9] The offence of sexual assault is created by s. 271:

**271.** Everyone who commits a sexual assault is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding 10 years and, if the complainant is under the age of 16 years, to a minimum punishment of imprisonment for a term of one year; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term not exceeding 18 months and, if the complainant is under the age of 16 years, to a minimum punishment of imprisonment for a term of 90 days.

[10] Section 273.1(1) defines “consent” as follows:

**273.1** (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), “consent” means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

[11] These provisions define the basic offence of sexual assault. They are supplemented by two additional sets of provisions which give a non-exhaustive list of circumstances in which no consent is obtained. Section 265(3), which applies to all assaults, lists four such situations involving the accused’s abuse of authority and use of force, fear and fraud:

**265. . . .**

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;

(c) fraud; or

(d) the exercise of authority.

[9] L’article 271 crée l’infraction d’agression sexuelle :

**271.** Quiconque commet une agression sexuelle est coupable :

a) soit d’un acte criminel passible d’un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de un an si le plaignant est âgé de moins de seize ans;

b) soit d’une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d’un emprisonnement maximal de dix-huit mois, la peine minimale étant de quatre-vingt-dix jours si le plaignant est âgé de moins de seize ans.

[10] Le paragraphe 273.1(1) définit le « consentement » en ces termes :

**273.1** (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l’application des articles 271, 272 et 273, en l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle.

[11] Ces dispositions définissent l’infraction générale d’agression sexuelle. À ces textes s’ajoutent deux autres séries de dispositions dressant une liste non exhaustive de circonstances où il y a absence de consentement. Le paragraphe 265(3), qui s’applique à toutes les voies de fait, énumère quatre situations de ce genre, où il est question d’abus de pouvoir, de fraude et d’emploi de la force par l’accusé, ou de crainte que ce dernier n’emploie la force :

**265. . . .**

(3) Pour l’application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

a) soit de l’emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;

b) soit des menaces d’emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;

c) soit de la fraude;

d) soit de l’exercice de l’autorité.

[12] Section 273.1(2) lists five non-exhaustive situations where no consent is obtained for purposes of the sexual assault offences:

**273.1 . . .**

(2) No consent is obtained, for the purposes of sections 271, 272 and 273, where

- (a) the agreement is expressed by the words or conduct of a person other than the complainant;
- (b) the complainant is incapable of consenting to the activity;
- (c) the accused induces the complainant to engage in the activity by abusing a position of trust, power or authority;
- (d) the complainant expresses, by words or conduct, a lack of agreement to engage in the activity; or
- (e) the complainant, having consented to engage in sexual activity, expresses, by words or conduct, a lack of agreement to continue to engage in the activity.

[13] Section 273.1(1) makes the definition of “consent” for the purposes of sexual assault “[s]ubject to” subsection (2) and to s. 265(3). Thus, s. 273.1(1) does not replace the circumstances of no consent in ss. 273.1(2) and 265(3). Fraud, for example, continues to negate consent to sexual assault, pursuant to s. 265(3)(c).

### III. Issue

[14] The main issue here is whether the Crown proved that the complainant did not consent to the sexual touching by the appellant. Did the condom sabotage, as the majority of the Court of Appeal held, result in there being no “voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question” under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*? Or should the condom sabotage be analyzed, as the dissenting judge in the Court of

[12] Le paragraphe 273.1(2) établit, pour l’application des infractions d’agression sexuelle, une liste non exhaustive de cinq situations où l’on ne peut déduire qu’il y a eu consentement :

**273.1 . . .**

(2) Le consentement du plaignant ne se déduit pas, pour l’application des articles 271, 272 et 273, des cas où :

- a) l’accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d’un tiers;
- b) il est incapable de le former;
- c) l’accusé l’incite à l’activité par abus de confiance ou de pouvoir;
- d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité;
- e) après avoir consenti à l’activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci.

[13] Le paragraphe 273.1(1) précise que, en matière d’agressions sexuelles, la définition de « consentement » figurant dans ce paragraphe s’applique « [s]ous réserve » des par. (2) et 265(3). En conséquence, le par. 273.1(1) n’écarte pas les situations d’absence de consentement énoncées aux par. 273.1(2) et 265(3). Suivant l’alinéa 265(3)c), par exemple, la fraude continue de faire obstacle à l’existence d’un consentement opposable à une accusation d’agression sexuelle.

### III. La question en litige

[14] En l’espèce, la principale question à trancher consiste à décider si le ministère public a prouvé que la plaignante n’a pas consenti à être touchée sexuellement par l’appelant. Le sabotage du condom a-t-il eu pour effet, comme a jugé la Cour d’appel à la majorité, d’entraîner une absence d’« accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1) du *Code criminel*? Ou doit-on plutôt, comme a conclu le juge

Appeal concluded, under the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*?

[15] Resolving this issue requires this Court to determine the meaning of the “sexual activity in question” in s. 273.1(1).

[16] The basic rule of statutory interpretation is that “the words of an Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at p. 1. The task is to determine the intent of Parliament, insofar as this can be done, by looking at the words used and the scheme and object of the provision. Every part of a provision or set of provisions should be given meaning if possible: Sullivan, at p. 210.

#### IV. Analysis

##### A. *Sexual Autonomy and the Criminal Law: Overview*

[17] The sexual assault offences invoke the criminal law to protect sexual autonomy. The *Criminal Code* and jurisprudence establish a high level of protection of the right to choose whether to engage in sexual activity and with whom. The absence of consent to sexual activity, as part of the *actus reus* of the offence, is judged subjectively from the complainant’s point of view: *Ewanchuk*, at paras. 25-26. Consent cannot be implied, must coincide with the sexual activity, and may be withdrawn at any time. Additionally, no consent is obtained if the apparent agreement to the sexual activity is obtained by coercion, fraud or abuse of authority. (We note that this is a case of apparent agreement — the complainant subjectively agreed at the time sexual intercourse occurred. This is *not* a case where there was no such agreement. The question is whether, in spite of that agreement, no consent was obtained in law because that agreement was obtained as a result of Mr. Hutchinson’s deceit about the condition of the condom.) Individually

dissident, analyser le sabotage du condom au regard de la disposition relative à la fraude prévue à l’al. 265(3)c) du *Code criminel*?

[15] Pour répondre à cette question, la Cour doit dégager le sens de l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1).

[16] Selon la règle fondamentale d’interprétation des lois, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’économie de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> éd. 2008), p. 1. Il s’agit, dans la mesure où il est possible de le faire, de dégager l’intention du législateur en examinant le libellé de la disposition, son économie et son objet. Chacune des parties d’une disposition ou d’un ensemble de dispositions doit si possible recevoir un sens : Sullivan, p. 210.

#### IV. Analyse

##### A. *L’autonomie sexuelle et le droit criminel : un aperçu*

[17] La création d’infractions d’agressions sexuelles en droit criminel vise à protéger l’autonomie sexuelle. Le *Code criminel* et la jurisprudence confèrent un degré élevé de protection au droit d’une personne de décider si elle va participer ou non à une activité sexuelle, et avec qui elle le fera. En tant qu’élément de l’*actus reus* de l’infraction, l’absence de consentement à une activité sexuelle est appréciée subjectivement, du point de vue du plaignant : *Ewanchuk*, par. 25-26. Le consentement ne peut être tacite, il doit coïncider avec l’activité sexuelle et il peut être retiré en tout temps. En outre, il n’y a eu consentement si l’accord apparent a été obtenu par la contrainte, la fraude ou l’abus de pouvoir. (Nous tenons à souligner que nous sommes en présence d’un accord apparent — la plaignante avait subjectivement consenti aux rapports sexuels au moment où ceux-ci se sont déroulés. Il *ne s’agit pas* d’un cas où il y avait absence d’accord. La question consiste à se demander si, malgré cet accord, il y avait néanmoins absence de consentement en droit

and collectively, these features of sexual assault law protect Canadians' sexual autonomy.

[18] But the law has long recognized that there are limits on how completely it may fulfil that objective through the blunt instrument of the criminal law. As the most serious interference by the state with peoples' lives and liberties, the criminal law should be used with *appropriate restraint*, to avoid over-criminalization. It draws a line between conduct deserving the harsh sanction of the criminal law, and conduct that is undesirable or unethical but "lacks the reprehensible character of criminal acts": *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, at para. 133; A. Wertheimer, *Consent to Sexual Relations* (2003). The companion of restraint is *certainty*. The criminal law must provide fair notice of what is prohibited and clear standards for enforcement: *R. v. Mabior*, 2012 SCC 47, [2012] 2 S.C.R. 584, at paras. 14 and 19.

[19] The need for restraint and certainty, which sometimes work at cross-purposes to absolute protection of sexual autonomy, has influenced the law's approach to consent, particularly where consent has been obtained by deception.

#### B. *Interpreting the Provisions: Two Approaches*

[20] There are essentially two approaches to the question of what constitutes "voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question" and the role of mistake or deception in determining whether such agreement existed.

[21] The first approach, which has many variants, defines the "sexual activity in question" as extending beyond the basic sexual activity the

au motif que l'accord avait été obtenu par suite de la tromperie de M. Hutchinson au sujet de l'état du condom.) Individuellement et collectivement, ces caractéristiques du droit relatif aux agressions sexuelles protègent l'autonomie sexuelle des Canadiennes et des Canadiens.

[18] Toutefois, le droit reconnaît depuis longtemps l'existence de limites empêchant la société de réaliser complètement cet objectif au moyen de l'instrument grossier que constitue le droit criminel. En effet, comme le recours au droit criminel représente l'atteinte la plus grave de l'État à la liberté des gens et l'immixtion la plus sérieuse de celui-ci dans leur vie, l'État se doit de l'utiliser avec la *modération appropriée* pour éviter la surcriminalisation. Le droit distingue les comportements qui méritent la sanction sévère du droit criminel de ceux qui, bien que peu souhaitables ou peu éthiques, ne présentent toutefois « pas le caractère répréhensible d'un acte criminel » : *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 133; A. Wertheimer, *Consent to Sexual Relations* (2003). La modération va de pair avec la *certitude*. Le droit criminel doit donner un avertissement raisonnable de ce qui est interdit et établir des normes d'application claires : *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 14 et 19.

[19] Le besoin de modération et de certitude, notions qui ne concordent pas toujours avec la protection absolue de l'autonomie sexuelle, a influencé la façon dont le droit envisage la question du consentement, particulièrement lorsque celui-ci résulte d'une tromperie.

#### B. *L'interprétation des dispositions applicables : deux approches*

[20] Il existe essentiellement deux approches à l'égard de la question de savoir ce qui constitue un « accord volontaire [. . .] à l'activité sexuelle », et du rôle que joue l'erreur ou la tromperie lorsqu'il s'agit de déterminer si un tel accord a été donné.

[21] Dans le cadre de la première approche, dont il existe de nombreuses variantes, la définition de l'expression « l'activité sexuelle » n'englobe

complainant thought she was consenting to at the time to conditions and qualities of the act or risks and consequences flowing from it, provided these conditions are “essential features” of the sexual activity (reasons of the majority of the Court of Appeal, at paras. 71 and 81) or go to “how” the physical touching was carried out (reasons of Abella and Moldaver JJ.). Under this approach, whether a complainant’s mistake prevents voluntary agreement to the sexual activity under s. 273.1(1) depends on the nature of the mistake. The difficulty with this approach, as we shall see, is that it provides no clear line between mistakes that result in no consent under s. 273.1(1), and mistakes that do not. The result of this lack of clarity may be inappropriate criminalization and uncertainty in the law.

[22] The second approach defines the “sexual activity in question” more narrowly as the basic physical act agreed to at the time, its sexual nature, and the identity of the partner. If the complainant subjectively agreed to the partner’s touching and its sexual nature, voluntary agreement is established under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*. That voluntary agreement, however, may not be legally effective. The *Code* also sets out a number of situations in which, notwithstanding apparent agreement, no consent is obtained. In particular, deceptions may negate consent if they meet the requirements for fraud under s. 265(3)(c).

[23] The choice between these approaches is a matter of statutory construction. Which approach is correct depends on (1) the wording, scheme and object of the provisions of the *Criminal Code*; (2) the jurisprudence on the provisions and their common law predecessors; and (3) the underlying objectives of the criminal law. We will consider each of these in turn.

pas que la seule activité sexuelle à laquelle la plaignante croyait consentir au moment pertinent, mais également les conditions et les caractéristiques de l’acte ou encore les risques et les conséquences en découlant, pourvu que ces conditions constituent des [TRADUCTION] « caractéristiques essentielles » de l’activité sexuelle (motifs majoritaires de la Cour d’appel, par. 71 et 81) ou concernent la « façon » dont les contacts physiques se sont déroulés (motifs des juges Abella et Moldaver). Suivant cette approche, la question de savoir si une erreur de la part du plaignant fait obstacle à l’existence de l’accord volontaire à l’activité sexuelle visé aux termes du par. 273.1(1) dépend de la nature de l’erreur. Comme nous le verrons, la difficulté que soulève cette approche tient au fait qu’elle ne trace pas une ligne de démarcation nette entre les erreurs qui aboutissent à une absence de consentement et celles qui ne produisent pas cet effet. Ce manque de clarté pourrait se traduire par une criminalisation inappropriée et de l’incertitude juridique.

[22] La deuxième approche définit plus étroitement « l’activité sexuelle » comme étant essentiellement l’acte physique dont il a été convenu au moment pertinent, la nature sexuelle de cet acte et l’identité du partenaire. Si le plaignant a subjectivement consenti à ce que son partenaire le touche ainsi qu’à la nature sexuelle de ces attouchements/contacts, l’accord volontaire est établi pour l’application du par. 273.1(1) du *Code criminel*. Toutefois, cet accord volontaire peut être sans effet en droit, car le *Code* énonce aussi un certain nombre de situations où, malgré l’accord apparent du plaignant, il y a néanmoins absence de consentement. En particulier, une tromperie peut annuler le consentement si elle satisfait aux conditions d’existence d’une fraude visée à l’al. 265(3)(c).

[23] Le choix entre ces approches est une question d’interprétation législative. Pour déterminer celle qu’il convient de retenir, il faut prendre en considération les facteurs suivants : (1) le libellé, l’économie et l’objet des dispositions du *Code criminel*; (2) la jurisprudence relative à ces dispositions et aux règles de common law que celles-ci ont remplacées; (3) les objectifs sous-jacents du droit criminel. Nous examinerons successivement chacun de ces facteurs.

(1) The Wording, Scheme and Object of the Legislation and the Scheme of the Provisions

[24] The plain words of the provisions, read in their ordinary and natural sense, support a narrow interpretation of the basic definition of “consent” in s. 273.1(1). The ordinary meaning of the “sexual activity in question” is the physical act agreed to; there is nothing in the wording to suggest that it includes the conditions or qualifications of the sexual act.

[25] The scheme of the provisions — a basic definition of “consent” in s. 273.1(1), coupled with circumstances vitiating such agreement in s. 265(3) and s. 273.1(2) — also supports a narrow interpretation of “voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question”.

[26] The “essential features” approach of the Court of Appeal and the “how the physical act is carried out” approach of *Abella and Moldaver JJ.* do not conform to this two-part scheme. The fraud provision in s. 265(3)(c) deals with situations where consent to the sexual activity has been given because of a deception by the accused. But under these approaches, all deceptions about “essential features” of the sexual activity or about “how” the sexual activity was carried out would result in a finding of no consent to the “sexual activity in question” under s. 273.1(1). Many deceptions would be dealt with at the first step under s. 273.1(1), rather than where the scheme of the *Criminal Code* suggests they should be dealt with, under s. 265(3)(c). Section 273.1(1) would do most of the work that the fraud provision was intended to do, rendering the fraud provision in s. 265(3)(c) redundant in many cases, contrary to the principle that every word and provision in a statute has a meaning and a function.

(1) Le libellé, l'économie et l'objet de la loi, et le régime établi par les dispositions en cause

[24] Les termes clairs des dispositions en cause, interprétés selon leur sens ordinaire et naturel, militent en faveur d'une interprétation étroite de la définition générale du terme « consentement » au par. 273.1(1). Le sens ordinaire de l'expression « l'activité sexuelle » correspond à l'acte physique convenu; rien dans les mots utilisés ne tend à indiquer que cette expression englobe également les conditions ou limites assortissant l'acte sexuel.

[25] Le régime établi par ces dispositions — une définition de base du mot « consentement » au par. 273.1(1), assortie de circonstances ayant pour effet de vicier ce consentement énoncées aux par. 265(3) et 273.1(2) — milite également en faveur d'une interprétation restrictive de l'expression « accord volontaire [. . .] à l'activité sexuelle ».

[26] L'approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » retenue par la Cour d'appel et celle basée sur la « façon dont l'acte physique s'est déroulé » proposée par les juges *Abella* et *Moldaver* ne sont pas conformes à ce régime à deux étapes. La disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c) s'applique aux situations où l'accusé a obtenu le consentement à l'activité sexuelle en recourant à la tromperie. Or, suivant ces deux approches, toute tromperie quant aux « caractéristiques essentielles » de l'activité sexuelle ou à la « façon » dont celle-ci s'est déroulée amènerait le tribunal à conclure, au regard du par. 273.1(1), qu'il y a eu absence de consentement à « l'activité sexuelle ». De nombreux cas de tromperie seraient ainsi tranchés dès la première étape de l'analyse, en application du par. 273.1(1), plutôt qu'à celle où, selon ce que semble indiquer l'économie du *Code criminel*, ils devraient l'être, c'est-à-dire en application de l'al. 265(3)c). Le paragraphe 273.1(1) jouerait alors pour l'essentiel le rôle qu'est censée jouer la disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c), rendant ainsi cette disposition superflue dans bon nombre de cas, contrairement au principe selon lequel chaque mot et chaque disposition d'une loi a un sens et un rôle.

[27] Finally, the object of s. 273.1, as revealed by its legislative history, does not support a broad reading of the “sexual activity in question”. The definition of “consent” in s. 273.1 was part of a parcel of amendments added to the *Criminal Code* in 1992, intended to address Parliament’s concerns about sexual violence against women and children and to promote and ensure the full protection of s. 7 and s. 15 *Charter* rights (see the preamble to Bill C-49, containing the 1992 *Criminal Code* amendments, S.C. 1992, c. 38). The centerpiece of the revisions was a new provision narrowing the defence of honest belief of consent. An accused who chooses to rely on the defence of honest belief of consent is required to take reasonable steps to ascertain that the complainant was consenting. Parliament’s intention was to “overcome the apparent unwillingness by some to let go of the debunked notion that unless a complainant physically resisted or expressed verbal opposition to sexual activity, an accused was entitled to assume that consent existed”: *R. v. Ewanchuk*, 1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235, at para. 58. Section 273.1 therefore signalled that the focus should be on whether the complainant positively affirmed her consent to the “sexual activity in question”. There was no suggestion that Parliament intended to expand the notion of “sexual activity” by including not only the sexual act for which consent is required, but also potentially infinite collateral conditions, such as the state of the condom.

[28] In summary, the primary tools of statutory construction all point to a rejection of the broad interpretation of the “sexual activity in question” under the “essential features”/“how the act was carried out” approach.

## (2) The Jurisprudence

[29] This Court has interpreted the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code* in the context of HIV non-disclosure cases: *Cuerrier*; *Mabior*. In our view, adoption of the “essential

[27] Enfin, l’objet de l’art. 273.1, tel qu’il se dégage de l’historique législatif de cette disposition, n’appuie pas une interprétation large de l’expression « l’activité sexuelle ». La définition de « consentement » à l’art. 273.1 faisait partie d’une série de modifications qui ont été apportées au *Code criminel* en 1992, en vue de répondre aux préoccupations du législateur à l’égard de la violence faite aux femmes et aux enfants, et de promouvoir et d’assurer la pleine protection des droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* (voir le préambule du projet de loi C-49, dans lequel figurent les modifications de 1992 au *Code criminel*, L.C. 1992, ch. 38). La pièce maîtresse de ces révisions était une nouvelle disposition restreignant le champ d’application de la défense de croyance sincère au consentement. L’accusé qui choisit d’invoquer ce moyen de défense doit prendre des mesures raisonnables pour s’assurer du consentement du plaignant. L’intention du législateur était de [TRADUCTION] « vaincre la réticence apparente de certains à renoncer à l’idée désormais réfutée selon laquelle, à moins que le plaignant n’ait résisté physiquement ou exprimé verbalement son opposition à l’activité sexuelle, l’accusé était en droit de supposer qu’il avait obtenu son consentement » : *R. c. Ewanchuk*, 1998 ABCA 52, 57 Alta. L.R. (3d) 235, par. 58. L’article 273.1 a donc signalé que l’analyse doit s’attacher à la question de savoir si le plaignant a manifesté de manière positive son consentement à « l’activité sexuelle ». Rien n’indique que le législateur entendait élargir la notion d’« activité sexuelle » pour qu’elle vise non seulement l’acte sexuel à l’égard duquel le consentement est requis, mais également une liste potentiellement infinie de conditions accessoires, tel l’état du condom.

[28] En résumé, les principales méthodes d’interprétation législatives mènent toutes au rejet de l’interprétation large de l’expression « l’activité sexuelle » qui est préconisée dans l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé ».

## (2) La jurisprudence

[29] La Cour a interprété la disposition relative à la fraude énoncée à l’al. 265(3)(c) du *Code criminel* dans des affaires où l’accusé n’avait pas dévoilé sa séropositivité : *Cuerrier*; *Mabior*. À

features”/“how the act was carried out” approach would put the outcomes in those cases in question and replace the clarity and restraint achieved by those decisions with confusion and over-criminalization.

[30] Initially, the common law of fraud in sexual relations focussed on the nature of the deceit and asked whether it went to certain “essential” characteristics of the act. If the deception went to the sexual nature of the act or the identity of the partner, it was said to vitiate consent: *R. v. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.). This test was incorporated into Canada’s first *Criminal Code* in 1892 (S.C. 1892, c. 29). Parliament restricted deceptions vitiating consent to “false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act” (ss. 259(b) and 266). The formulation, however, did little to bring certainty or rationality to the law of consent to sexual activity. The problem was where and how to draw the line between those aspects of the sexual activity that went to the “nature and quality of the act” and those that did not: A. Hooper, “Fraud in Assault and Rape” (1968), 3 *U.B.C. L. Rev.* 117, at p. 121. Simply put, the “nature and quality of the act” did not show courts where to draw the line — or even help them to do so — between deceptions that did and did not vitiate consent.

[31] In view of this unsatisfactory state of affairs, the *Criminal Code* in relation to sexual offences was overhauled in 1983. In 1983, the language of the “nature and quality of the act” was dropped and the language of the present s. 265(3)(c) was adopted so that “no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of . . . fraud” — without any specification of the nature of the deception (S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19).

notre avis, adopter l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » remettrait en question l’issue de ces affaires, et la clarté du droit ainsi que la modération dans le recours au droit criminel ayant résulté de ces décisions feraient place à la confusion et à une surcriminalisation.

[30] Initialement, les règles de common law régissant la fraude en matière de relations sexuelles mettaient l’accent sur la nature de la tromperie et sur la question de savoir si cette tromperie portait sur certaines caractéristiques « essentielles » de l’acte en cause. Si la tromperie portait sur la nature sexuelle de l’acte ou l’identité du partenaire, elle était considérée avoir pour effet de vicier le consentement : *R. c. Clarence* (1888), 22 Q.B.D. 23 (Cr. Cas. Res.). Ce critère a été intégré au premier *Code criminel* canadien en 1892 (S.C. 1892, ch. 29). Le Parlement limitait les tromperies viciant le consentement aux « fausses et frauduleuses représentations au sujet de la nature et du caractère de l’acte » (al. 259b) et art. 266). Cependant, cette formulation ne favorisait guère la certitude ou la rationalité du droit relatif au consentement en matière d’activité sexuelle. En effet, la difficulté était de savoir où et comment tracer la ligne de démarcation entre les caractéristiques de l’activité sexuelle touchant à la « nature et [au] caractère de l’acte » et celles ne s’y rapportant pas : A. Hooper, « Fraud in Assault and Rape » (1968), 3 *U.B.C. L. Rev.* 117, p. 121. Autrement dit, le critère de la « nature et du caractère de l’acte » ne précisait pas aux tribunaux où devait être tracée la ligne de démarcation entre les tromperies qui viciaient le consentement et celles qui ne le viciaient pas — et il ne leur donnait même aucune indication à cette fin.

[31] En raison de cet état de choses insatisfaisant, les dispositions du *Code criminel* relatives aux agressions sexuelles ont été remaniées en 1983. On a supprimé les mots « nature et [. . .] caractère de l’acte » et adopté le libellé actuel de l’al. 265(3)c), lequel indique que « ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison [. . .] de la fraude » — sans aucune précision quant à la nature de la tromperie (S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19).

[32] While for a time Canadian courts continued to apply a restrictive interpretation of fraud, influenced by the earlier jurisprudence concerning the “false and fraudulent representations as to the nature and quality of the act”, the law of fraud in relation to sexual assault, as we shall see, had a new beginning in Canadian law with the Court’s judgment in *Cuerrier*.

[33] Three aspects of *Cuerrier* are particularly important. First, the majority held that the concept of fraud in the new s. 265(3)(c) was not restricted to deceptions as to the nature and quality of the act: para. 108. The former jurisprudence was rejected as being too restrictive, but at the same time, the majority recognized that some limitations on the concept of fraud are clearly necessary: para. 135.

[34] Second, the majority introduced an analysis of fraud that required two elements to be present before consent was vitiated by fraud: deceit and injury or, expressed differently, dishonesty and deprivation or risk of deprivation: *Cuerrier*, at paras. 110-16. With only two narrow exceptions that we will discuss shortly, consent will be vitiated by fraud *only* when consent is obtained by lies or deliberate failure to disclose *coupled with* a significant risk of serious bodily harm as a result of the sexual touching: paras. 125-39. As Cory J. wrote for the majority, at para. 135:

The existence of fraud should not vitiate consent unless there is a significant risk of serious harm. Fraud which leads to consent to a sexual act but which does not have that significant risk might ground a civil action. However, it should not provide the foundation for a conviction for sexual assault. The fraud required to vitiate consent for that offence must carry with it the risk of serious harm. [Emphasis added.]

[32] Bien que, sous l’influence de la jurisprudence antérieure sur le sens à donner aux mots « fausses et frauduleuses représentations au sujet de la nature et du caractère de l’acte », les tribunaux canadiens aient continué pendant un certain temps d’interpréter restrictivement la notion de fraude, le droit canadien relatif à la fraude en matière d’agressions sexuelles a connu, comme nous le verrons, un nouveau départ depuis l’arrêt *Cuerrier*.

[33] Trois aspects de l’arrêt *Cuerrier* revêtent une importance particulière. Premièrement, les juges majoritaires ont conclu que la notion de fraude dans le nouvel al. 265(3)c ne se limite pas aux tromperies liées à la nature et au caractère de l’acte : par. 108. Dans cette décision, la Cour à la majorité a écarté la jurisprudence antérieure au motif qu’elle était trop restrictive, tout en reconnaissant en même temps que certaines restrictions à la notion de fraude sont clairement nécessaires : par. 135.

[34] Deuxièmement, les juges majoritaires ont introduit une analyse requérant la présence de deux éléments pour que le tribunal puisse conclure que le consentement a été vicié par la fraude : une tromperie et un préjudice ou, en d’autres termes, une malhonnêteté et une privation ou un risque de privation : *Cuerrier*, par. 110-116. Sous réserve seulement de deux exceptions limitées que nous examinerons un peu plus loin, le consentement sera vicié par la fraude *uniquement* s’il est obtenu par suite de mensonges ou d’une omission délibérée de divulguer certaines informations, *conjugués* à un risque important de lésions corporelles graves par suite des contacts sexuels : par. 125-139. Comme a écrit le juge Cory, au nom des juges de la majorité, au par. 135 :

L’existence d’une fraude ne devrait vicier le consentement que s’il y a un risque important de préjudice grave. La fraude qui amène à consentir à un acte sexuel mais qui ne comporte pas ce risque important pourrait justifier des poursuites civiles. Cependant, elle ne devrait pas servir de fondement à une déclaration de culpabilité d’agression sexuelle. La fraude requise pour vicier le consentement relativement à cette infraction doit comporter un risque de préjudice grave. [Nous soulignons.]

[35] Third, the majority accepted that the traditional notion of fraud in relation to the nature and quality of the act and the identity of the partner would continue to vitiate consent: *Cuerrier*, at para. 118. We understand this to mean that deceptions in relation to the sexual nature of the act and the identity of the partner (narrowly defined) vitiate consent without proof that the sexual activity gave rise to the risk of serious bodily harm.

[36] The basic architecture of this approach was very recently approved by the Court in *Mabior*. The Court said:

... the *Cuerrier* approach is in principle valid. It carves out an appropriate area for the criminal law — one restricted to “significant risk of serious bodily harm”. It reflects the *Charter* values of autonomy, liberty and equality, and the evolution of the common law, appropriately excluding the *Clarence* line of authority. The test’s approach to consent accepts the wisdom of the common law that not every deception that leads to sexual intercourse should be criminalized, while still according consent meaningful scope. [Emphasis added; para. 58.]

[37] The Court in *Mabior* explained how the *Cuerrier* test applies to deceptions about HIV status. The Court concluded that HIV non-disclosure will not vitiate consent under s. 265(3)(c) if (1) the accused’s viral load at the time of sexual relations was low; and (2) condom protection was used. Notably, voluntary agreement to the sexual activity, under s. 273.1(1) was not in issue; the case proceeded on the basis that there had been subjective consent to the sexual touching at the time it had occurred and the only issue was whether fraud vitiated consent under s. 265(3)(c).

[38] An approach that asks whether the deception went to an “essential feature” of the act or

[35] Troisièmement, les juges majoritaires ont reconnu que les fraudes correspondant à la notion traditionnelle de fraude, à savoir celles ayant trait à la nature et au caractère de l’acte et à l’identité du partenaire, continueraient de vicier le consentement : *Cuerrier*, par. 118. Selon nous, cela signifie que les tromperies liées à la nature sexuelle de l’acte et à l’identité du partenaire (définie étroitement) vicient le consentement sans qu’il soit nécessaire de prouver que l’activité sexuelle présentait un risque de lésions corporelles graves.

[36] L’architecture fondamentale de cette approche a été approuvée très récemment dans l’arrêt *Mabior*, où la Cour a affirmé ce qui suit :

... le critère de l’arrêt *Cuerrier* demeure valable sur le plan des principes. Il circonscrit avec justesse la portée du droit criminel — réprimer les actes qui exposent à un « risque important de lésions corporelles graves ». Il respecte les valeurs constitutionnelles d’autonomie, de liberté et d’égalité, et il tient compte de l’évolution de la common law, soit la rupture justifiée avec le courant jurisprudentiel issu de l’arrêt *Clarence*. La notion de consentement qui le sous-tend s’inspire de la sagesse de la common law (qui s’abstient de criminaliser toute tromperie incitant à consentir à un rapport sexuel) tout en accordant une grande importance au consentement. [Nous soulignons; par. 58.]

[37] Dans *Mabior*, la Cour a expliqué comment le critère énoncé dans l’arrêt *Cuerrier* s’applique aux tromperies liées à la séropositivité. Elle a conclu que, pour l’application de l’al. 265(3)c), l’omission par un accusé de dévoiler sa séropositivité n’a pas pour effet de vicier le consentement si les conditions suivantes sont réunies : (1) la charge virale de ce dernier était faible au moment des rapports sexuels; (2) un condom a été utilisé. Il convient de souligner que, dans *Mabior*, la question de l’accord volontaire à l’activité sexuelle, au sens du par. 273.1(1), n’était pas en cause; en effet, l’affaire a été jugée sur la base de l’existence d’un consentement subjectif aux contacts sexuels au moment où ceux-ci s’étaient déroulés, et la seule question en litige était celle de savoir si la fraude avait vicié ce consentement suivant l’al. 265(3)c).

[38] Une approche comportant la question de savoir si la tromperie portait sur une « caractéristique

“how the sexual act was carried out” is inconsistent with the Court’s approach in *Cuerrier* and *Mabior*. Consider two hypotheticals. In the first, the accused lies about the fact that the condom has holes in it so that the complainant who insists that he uses a condom will consent to the sexual activity. In the second, the accused lies about his HIV status so that the complainant will consent to have sex without a condom. From a legal perspective, what is the difference between, on one hand, deceiving the complainant about the condition of the condom and creating a risk of pregnancy, and on the other hand, deceiving the complainant about HIV status so that she will agree to unprotected sex? Since *Cuerrier*, it is clear that the latter situation must be analyzed under the fraud provision in s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*. Why then not the former? Consistency and certainty in the law require that both situations be treated the same.

[39] Both the Court of Appeal majority’s approach and the approach proposed by Abella and Moldaver JJ. are also fundamentally at odds with the holdings in *Cuerrier* and *Mabior* that apparent consent is vitiated by fraud only where there is both deception and deprivation. Under the Court of Appeal’s approach and that of our colleagues, mistakes — they need not be deceptions — about conditions and qualities of the physical act will result in a finding of no consent under s. 273.1(1) *even in the absence of harm or risk of harm*. This is contrary to the fundamental point made in *Cuerrier* and affirmed in *Mabior*: “The fraud required to vitiate consent for that offence must carry with it the risk of serious harm” (*Cuerrier*, at para. 135).

[40] These inconsistencies are not merely semantic — they may affect outcomes under the “essential features”/“how the act was carried out” approach. HIV status may well be an “essential

essentielle » de l’acte ou sur la « façon dont l’acte sexuel s’est déroulé » est incompatible avec celle adoptée par la Cour dans *Cuerrier* et *Mabior*. Considérons deux situations hypothétiques. Dans la première, l’accusé ment à propos du fait que le condom est perforé, afin que la plaignante — qui insiste pour qu’il porte un condom — consente à l’activité sexuelle. Dans la seconde, l’accusé ment au sujet de sa séropositivité, afin que la plaignante consente à des rapports sexuels sans condom. D’un point de vue juridique, quelle est la différence entre, d’une part, le fait de tromper la plaignante au sujet de l’état du condom et de créer un risque de grossesse, et, d’autre part, le fait de tromper la plaignante au sujet de la séropositivité pour qu’elle consente à des rapports sexuels sans protection? Depuis l’arrêt *Cuerrier*, il est clair que la seconde situation doit être analysée au regard de la disposition relative à la fraude énoncée à l’al. 265(3)c) du *Code criminel*. Pourquoi alors ne pas faire de même pour la première? La cohérence et la certitude du droit exigent que ces deux situations soient traitées de la même façon.

[39] Tant l’approche retenue par les juges majoritaires de la Cour d’appel que celle proposée par les juges Abella et Moldaver sont en outre fondamentalement incompatibles avec la conclusion tirée dans *Cuerrier* et dans *Mabior* selon laquelle un consentement apparent n’est vicié par la fraude que dans les cas où il y a à la fois tromperie et privation. Selon l’approche de la Cour d’appel et celle de nos collègues, des erreurs — lesquelles n’ont pas à résulter de tromperies — portant sur les conditions et caractéristiques de l’acte physique amèneront les tribunaux à conclure qu’il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1), et ce, *même en l’absence de préjudice ou de risque de préjudice*. Un tel résultat irait à l’encontre du principe fondamental suivant, qui a été énoncé dans *Cuerrier* et confirmé dans *Mabior* : « La fraude requise pour vicier le consentement relativement à cette infraction doit comporter un risque de préjudice grave » (*Cuerrier*, par. 135).

[40] Ces contradictions ne sont pas d’ordre purement sémantique — elles pourraient avoir une incidence sur l’issue du litige si l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle

feature” of the sexual activity under the Court of Appeal majority’s approach. It could also be characterized as part of the “how” under Abella and Moldaver JJ.’s approach. If the use of an intact condom goes to the manner in which the sexual activity occurred, why not the exchange of diseased fluids? Thus, under these approaches, deceptions about HIV status could result in a finding of no consent under s. 273.1(1), even where the accused had a low viral load at the relevant time and condom protection was used. That conclusion, however, would be in direct conflict with *Cuerrier* and *Mabior*.

[41] In short, adopting the “essential features”/ “how the act was carried out” approaches would make the law inconsistent, highly formalistic and unduly uncertain. The law would be inconsistent because there is no reason in principle to analyze a case of a lie that obtains consent to unprotected sex and a lie as to the condition of a condom differently. It is highly formalistic because an error with respect to any essential feature or “physical” element, presumably including whether a condom is of a certain make or design, would vitiate consent while lies on matters relating to the physical safety of the complainant would not, absent an actual risk or harm. It is uncertain because, as we shall see, it is difficult to tell which matters form part of the “essential features” or the “how” and which do not.

(3) Underlying Objectives of the Criminal Law: Restraint and Certainty

[42] Our jurisprudence has consistently confirmed that in interpreting criminal law provisions, the twin watchwords of restraint and clarity must

basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » étaient appliquées. En effet, la séropositivité pourrait fort bien constituer une « caractéristique essentielle » de l’activité sexuelle suivant l’approche retenue par les juges majoritaires de la Cour d’appel. Elle pourrait aussi être considérée comme un aspect de la notion de « façon » selon l’approche proposée par les juges Abella et Moldaver. Si l’utilisation d’un condom intact touche à la manière dont l’activité sexuelle s’est déroulée, pourquoi pas le passage de fluides infectés d’une personne à une autre? Suivant ces approches, les tromperies liées à la séropositivité pourraient amener le tribunal à conclure à l’absence de consentement au sens du par. 273.1(1), même lorsque la charge virale de l’accusé était faible au moment des faits et qu’un condom a été utilisé. Or, une telle conclusion serait en contradiction directe avec les arrêts *Cuerrier* et *Mabior*.

[41] En résumé, l’adoption de l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » aurait pour effet de rendre le droit incohérent, éminemment formaliste et excessivement incertain. Le droit serait incohérent en ce qu’il n’existe aucun principe justifiant d’analyser différemment un mensonge permettant d’obtenir le consentement d’une personne à des rapports sexuels sans protection et un mensonge concernant l’état d’un condom. Il serait éminemment formaliste en ce qu’une erreur à l’égard de quelque caractéristique essentielle ou élément « physique », y compris vraisemblablement la question de la marque ou conception particulière d’un condom, vicierait le consentement alors que des mensonges sur des aspects se rapportant à la sécurité physique du plaignant n’entraîneraient pas ce résultat, en l’absence de risque concret de préjudice. Enfin, le droit serait incertain parce que, comme nous le verrons, il est difficile de dire quels aspects font partie des caractéristiques essentielles ou de la « façon » dont l’acte physique s’est déroulé, et quels aspects n’en font pas partie.

(3) Objectifs sous-jacents du droit criminel : la modération et la certitude

[42] Dans sa jurisprudence, notre Cour n’a eu de cesse de réaffirmer que, lorsque les tribunaux sont appelés à interpréter des dispositions du

inform the inquiry. In *Cuerrier* and *Mabior*, this Court narrowly limited the sorts of deceptions that vitiate consent in order to create certainty in the law and limit criminal liability to serious, reprehensible conduct. The Court held that deceptions with respect to anything other than the sexual nature of the act or the identity of the partner will only vitiate consent if there is dishonesty which gives rise to a risk of physical harm, beyond the injury inherent in being lied to in order to induce consent. This jurisprudence provides a clear line between criminal and non-criminal conduct and avoids over-criminalization. Adopting the “essential features” or “how the physical act was carried out” approach would undercut the important objectives achieved by the Court’s jurisprudence. These approaches reintroduce a vague and unclear test for consent and broaden the scope for criminalization, including for HIV non-disclosure, thus effectively reversing this Court’s efforts to restrain and clarify the scope of criminalization in those circumstances in *Cuerrier* and *Mabior*.

[43] The Court of Appeal majority’s “essential features” approach is inherently uncertain and prone to over-criminalization. Historically, such approaches have proven unworkable because they are incapable of producing a sufficiently clear or restrained standard for the purposes of defining the scope of criminal liability.

[44] The majority of the Court of Appeal held that the “essential features” of the sexual activity are determined by the complainant’s subjective conditions for consent to that activity. There need be no deception or dishonesty on the part of the partner. It follows that the “essential features” of the sexual activity vary from person to person. It would therefore be impossible to predict what a particular

droit criminel, les deux notions jumelles que sont la modération et la clarté doivent guider leur analyse. Dans *Cuerrier* et *Mabior*, afin d’assurer la certitude du droit et de limiter la responsabilité criminelle aux comportements graves ou répréhensibles, la Cour a étroitement circonscrit le type de tromperies ayant pour effet de vicier le consentement. Elle a statué que les tromperies portant sur autre chose que la nature sexuelle de l’acte ou l’identité du partenaire ne vicient le consentement qu’en présence de malhonnêtetés engendrant un risque de préjudice physique, distinct du préjudice que cause intrinsèquement au plaignant le fait qu’on lui a menti pour obtenir son consentement. Ces décisions permettent de distinguer clairement les comportements criminels de ceux qui ne le sont pas, et d’éviter ainsi une sur-criminalisation. Adopter l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte physique s’est déroulé » compromettrait les importants progrès réalisés par la jurisprudence de la Cour. En effet, ces approches réintroduisent une analyse vague et obscure en matière de consentement et ouvrent la voie à une criminalisation accrue, notamment en cas de non-divulgence de la séropositivité, annulant ainsi concrètement les efforts déployés par la Cour dans *Cuerrier* et *Mabior* en vue de restreindre et de clarifier l’étendue de la criminalisation dans de telles circonstances.

[43] L’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » retenue par les juges majoritaires de la Cour d’appel est intrinsèquement incertaine et susceptible d’entraîner une surcriminalisation. Historiquement, de telles approches se sont révélées inapplicables en ce qu’elles sont incapables de produire une norme suffisamment claire ou modérée qui permet de bien définir le champ d’application de la responsabilité criminelle.

[44] En Cour d’appel, les juges de la majorité ont statué que les « caractéristiques essentielles » de l’activité sexuelle sont déterminées par les conditions subjectives dont le plaignant assortit son consentement à l’activité en question. Il ne serait donc pas nécessaire qu’il y ait malhonnêteté ou tromperie de la part de son partenaire. Il s’ensuit que les « caractéristiques essentielles » de l’activité

person considers “essential”. It is also unclear how “essential” the feature must be to the complainant. The majority of the Court of Appeal also held that not all conditions for consent will be considered “essential features” of the sexual activity; they drew the line between characteristics that merely affect motive to engage in the sexual activity and characteristics that are “components” of the sexual activity. But this line is blurry. We are told that the use of an effective condom is a “component” of the sexual activity, not part of the motive to engage in the sexual activity. Yet the elimination of the risk of pregnancy may well be a motivation for agreeing to the sexual act. Indeed, on the complainant’s evidence in this case, she would not have consented to sex without a condom.

[45] Justices Abella and Moldaver introduce a variation on this approach but one which, as we see it, is equally uncertain. Under their approach, the “sexual activity in question” extends to “how” the sexual touching occurs, but not to the consequences of the sexual activity. But it is not clear what the “how” of the act includes, or whether agreement is undermined by only deception or also by a complainant’s unilateral mistake. Presumably, it extends to any physical aspect of the sexual activity to which the complainant has not agreed in advance — a vast swath of conduct indeed. And again, the line is blurry; many aspects of the sexual activity can be characterized as *both* part of the “how” and part of the consequences. This case provides an example. Abella and Moldaver JJ. hold that a sabotaged condom is part of “how” the sexual touching occurred, but sabotaging a condom also amounts to a deception about the potential consequences of the physical act — namely, pregnancy.

sexuelle varient d’une personne à l’autre. Il serait par conséquent impossible de prédire ce qu’une personne en particulier considérera comme « essentiel ». Il n’est pas clair non plus jusqu’à quel point une caractéristique donnée doit être « essentielle » pour le plaignant. Les juges majoritaires ont également conclu que ce ne sont pas toutes les conditions assortissant le consentement qui seront considérées comme des « caractéristiques essentielles » de l’activité sexuelle; ils ont tracé une ligne de démarcation entre les caractéristiques qui ont trait simplement au motif pour lequel une personne participe à une activité sexuelle et celles qui constituent des « composantes » de celle-ci. Mais cette ligne est floue. On affirme que l’utilisation d’un condom efficace est une « composante » de l’activité sexuelle, mais non des motifs pour participer à celle-ci. Pourtant, l’élimination du risque de grossesse pourrait fort bien constituer une raison amenant une personne à consentir à l’acte sexuel. D’ailleurs, il ressort du témoignage de la plaignante en l’espèce qu’elle n’aurait pas consenti à des rapports sexuels sans condom.

[45] Les juges Abella et Moldaver proposent une variante de cette approche, mais cette variante est selon nous tout aussi incertaine. Suivant l’approche de nos collègues, « l’activité sexuelle » englobe la « façon » dont les contacts sexuels se déroulent, mais non les conséquences de cette activité. Toutefois, il est difficile de déterminer avec clarté ce qui est inclus dans la « façon » dont l’acte se déroule, ou encore si l’accord ne peut être vicié que par suite d’une tromperie ou s’il peut également l’être par une erreur unilatérale du plaignant. On peut supposer qu’elle s’étend à tout aspect physique de l’activité sexuelle auquel le plaignant n’aurait pas au préalable consenti — certainement un très large éventail de comportements. Ici encore, la ligne est floue; de nombreux aspects de l’activité sexuelle peuvent être considérés comme relevant à la fois de la « façon » et des conséquences. La présente affaire constitue un bon exemple. Les juges Abella et Moldaver concluent qu’un condom saboté est un aspect de la « façon » dont les contacts sexuels se sont déroulés, mais le sabotage d’un condom représente aussi une tromperie quant aux conséquences éventuelles de l’acte physique, à savoir une grossesse.

[46] These approaches would also result in the criminalization of acts that should not attract the heavy hand of the criminal law. We have already noted the difficulty of seeing why the presence of a sexually transmitted infection would not be a “component” of the sexual activity or part of “how” the sexual touching occurs. Under the Court of Appeal majority’s “essential features” test, a man who pierces a condom may be found guilty of sexual assault; why would a woman who lies about birth control measures not be equally guilty? Under *Abella and Moldaver JJ.’s* test, the *quality or effectiveness* of a condom changes the sexual activity that takes place; why would it not follow that an individual might be prosecuted for using an expired condom or a particular brand of condom? Anomalies abound. The “how the physical act was carried out” test appears not to capture a woman who lies about taking birth control pills, but it might well capture a woman who lies about using a diaphragm.

[47] Conversely, the “how the act was carried out” approach would not capture conduct that is as equally reprehensible as Mr. Hutchinson’s actions, like substituting a partner’s birth control pills with sugar pills. We do not see any principled basis for criminalizing the act of sabotaging condoms, but not the act of sabotaging birth control pills.

[48] This difficulty is apparent on the facts of this case. The trial judge found that the complainant did not voluntarily agree to sexual intercourse without contraception and that Mr. Hutchinson knew this: paras. 44 and 47. What was critical to her consent was contraception and what she sought to mitigate was the risk of pregnancy. Yet on the approach adopted by our colleagues, her lack of voluntary agreement would result from the use of sabotaged condoms, but not from a lie by Mr. Hutchinson to the effect that he was sterile. These different results on the issue of voluntary

[46] Ces approches ont également pour effet de criminaliser des actes qui ne devraient pas exposer leurs auteurs aux lourdes conséquences du droit criminel. Comme nous l’avons déjà souligné, il est difficile de voir en quoi la présence d’une infection transmissible sexuellement ne pourrait pas constituer une « composante » de l’activité sexuelle ou un aspect de la « façon » dont les contacts sexuels se déroulent. Suivant l’analyse fondée sur les « caractéristiques essentielles » appliquée par les juges majoritaires de la Cour d’appel, un homme qui perce un condom peut être déclaré coupable d’agression sexuelle; pourquoi une femme qui ment au sujet des mesures contraceptives qu’elle prend ne serait pas jugée tout aussi coupable? Selon l’analyse préconisée par les juges *Abella et Moldaver*, la *qualité ou l’efficacité* d’un condom modifie l’activité sexuelle qui se déroule; pourquoi alors un homme ne pourrait-il pas être poursuivi pour avoir utilisé un condom périmé ou une marque particulière de condom? Les exemples d’anomalies abondent. Le critère fondé sur la « façon dont l’acte physique s’est déroulé » ne semble pas s’appliquer à la femme qui ment en affirmant prendre un contraceptif oral, mais il pourrait fort bien s’appliquer à celle qui prétend mensongèrement utiliser un diaphragme.

[47] À l’inverse, l’approche fondée sur la « façon dont l’acte s’est déroulé » ne s’appliquerait pas à des comportements tout aussi répréhensibles que les actes de M. Hutchinson, par exemple le fait de substituer des comprimés de sucre aux contraceptifs oraux que prend sa partenaire. Aucun principe ne justifie selon nous de criminaliser le sabotage des condoms, mais non celui de contraceptifs oraux.

[48] Cette difficulté ressort clairement des faits de l’espèce. Le juge du procès a conclu que la plaignante n’avait pas volontairement donné son accord à des rapports sexuels sans moyen contraceptif, et que M. Hutchinson le savait : par. 44 et 47. L’élément essentiel pour qu’elle donne son consentement était l’utilisation d’un moyen contraceptif, et le risque qu’elle cherchait à réduire était celui de tomber enceinte. Toutefois, suivant l’approche retenue par nos collègues, il y a absence d’accord volontaire de la plaignante par suite de l’utilisation de condoms sabotés, mais ce ne serait pas le cas si

agreement respectfully lack rational justification in a case such as this one in which the whole concern of the complainant was pregnancy — a risked consequence of the sexual activity. Her consent did not turn on the “how” of the sexual act, but on whether the risk of pregnancy was mitigated to a degree which she thought sufficient.

[49] Ultimately, these approaches lead to empty semantic arguments incapable of furnishing a principled and clear line between criminal and non-criminal conduct. This conclusion is reinforced by the experience of other jurisdictions.

[50] We earlier referred to the difficulties of line drawing inherent in the “nature and quality of the act” test in *Clarence* and the Canadian *Criminal Code* until its revision in 1983. Courts experienced great difficulty in formulating principled reasons for why a certain deception did or did not relate to the nature and quality of the act and there was no principled basis upon which to confine the test to serious deceptions meriting the ultimate force of the criminal law: see, e.g., Hooper; *Cuerrier*.

[51] A further example is the distinction made in U.S. criminal and tort law between deceptions going to the fact (“fraud in the factum”) which vitiates consent for the purposes of rape and battery and other deceptions that act as inducements (“fraud in the inducement”) which do not. As expressed by one leading text, the rule is that “if the deception relates not to the thing done but merely to some collateral matter” the consent is valid: R. M. Perkins and R. N. Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), at p. 1079. No matter how beguiling it appears at first, the distinction has proved unworkable. It is not helpful in differentiating between

M. Hutchinson avait menti et dit qu’il était stérile. Avec égards, ces résultats différents sur la question de l’accord volontaire ne reposent sur aucun fondement rationnel dans une affaire comme celle qui nous occupe, où l’entière préoccupation de la plaignante était d’éviter une grossesse — conséquence que risquait d’entraîner l’activité sexuelle. Son consentement portait non pas sur la « façon » dont se déroulerait l’activité sexuelle, mais plutôt sur la question de savoir si le risque de grossesse était réduit à un niveau qu’elle considérait comme acceptable.

[49] En dernière analyse, ces approches mènent à des arguments d’ordre sémantique creux, incapables de produire une ligne de démarcation nette et raisonnée entre les comportements criminels et les comportements non criminels. L’expérience observée dans d’autres pays à cet égard vient renforcer cette conclusion.

[50] Nous avons fait état précédemment des problèmes de démarcation que soulevait intrinsèquement le critère de la « nature et du caractère de l’acte » qui a été établi dans l’arrêt *Clarence* et a figuré dans le *Code criminel* canadien jusqu’à sa révision en 1983. Les tribunaux ont éprouvé énormément de difficulté à formuler des principes expliquant pourquoi une tromperie donnée se rattachait ou non à la nature et au caractère de l’acte, et il n’existait aucune assise raisonnée permettant de confiner l’application de ce critère aux tromperies graves commandant la rigueur du droit criminel : voir, p. ex., Hooper; *Cuerrier*.

[51] Un autre exemple est la distinction qui est faite aux États-Unis, en droit criminel et en droit de la responsabilité délictuelle, entre les tromperies quant au fait (« fraudes factuelles »), qui vicent le consentement lorsque l’acte se révèle être en réalité le crime de viol ou le délit de batterie, et les tromperies constituant des incitations (« fraudes incitatives »), qui n’ont pas pour effet de vicier le consentement. Comme l’ont exprimé les auteurs d’un ouvrage réputé en la matière, la règle est que, [TRADUCTION] « si la tromperie ne porte pas sur l’acte accompli, mais simplement sur un aspect accessoire », le consentement est valable :

legally effective and ineffective consent and where it attempts to draw the line has no basis in principle: see, e.g., P. J. Falk, “Rape by Fraud and Rape by Coercion” (1998), 64 *Brook. L. Rev.* 39, at pp. 159-61; D. A. Fischer, “Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts” (1977), 46 *U. Cin. L. Rev.* 71, at pp. 79, 87 and 98. As Peter Westen put it, “The interchangeability of [fraud in the factum and fraud in the inducement] enables courts and commentators to conceptualize any fraud that they regard as sufficient to invalidate acquiescence as a fraud in the factum”: *The Logic of Consent* (2004), at p. 198 (emphasis in original); see also, E. W. Puttkammer, “Consent in Rape” (1924-1925), 19 *Ill. L. Rev.* 410, at p. 423; Wertheimer, at p. 206; J. Feinberg, “Victims’ Excuses: The Case of Fraudulently Procured Consent” (1986), 96 *Ethics* 330.

[52] What these lines of authority have in common is that they, like the “essential features” or “how the physical act is carried out” approach, attempt to draw a line between deceptions that do and do not vitiate consent by adjectivally categorizing the subject matter of the deception. Deceptions described as going to the “nature and quality of the act” or the “fact” (as opposed to the “inducement”) vitiate consent, while other types of deceptions do not. But the attempted distinction has proven to be too unclear, too easily manipulated, and too unconnected with underlying policy rationales to provide a useful marker of liability.

[53] The lesson is clear. Broad adjectival approaches to the “sexual activity in question” produce not only uncertainty, but also may criminalize conduct that lacks the necessary reprehensible character, casting the net of the criminal law too broadly. There is no reason to expect that attempting to categorize deceptions as to whether they go to the “essential features” of the act or to “how the

R. M. Perkins et R. N. Boyce, *Criminal Law* (3<sup>e</sup> éd. 1982), p. 1079. Aussi séduisante qu’elle puisse paraître à première vue, cette distinction s’est révélée inapplicable. Elle n’aide pas à différencier les consentements légalement valides de ceux qui ne le sont pas, et elle n’est étayée par aucun principe : voir, p. ex., P. J. Falk, « Rape by Fraud and Rape by Coercion » (1998), 64 *Brook. L. Rev.* 39, p. 159-161; D. A. Fischer, « Fraudulently Induced Consent to Intentional Torts » (1977), 46 *U. Cin. L. Rev.* 71, p. 79, 87 et 98. Comme le souligne Peter Westen, [TRADUCTION] « [l]’interchangeabilité [des notions de fraude factuelle et de fraude incitative] permet aux tribunaux et aux auteurs de considérer comme une fraude factuelle toute fraude qu’ils estiment suffisante pour annuler le consentement » : *The Logic of Consent* (2004), p. 198 (en italique dans l’original); voir aussi E. W. Puttkammer, « Consent in Rape » (1924-1925), 19 *Ill. L. Rev.* 410, p. 423; Wertheimer, p. 206; J. Feinberg, « Victims’ Excuses : The Case of Fraudulently Procured Consent » (1986), 96 *Ethics* 330.

[52] L’élément commun à ces diverses autorités est que, tout comme l’approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l’acte physique s’est déroulé », elles tentent de distinguer les tromperies qui vicient le consentement de celles qui n’ont pas cet effet en catégorisant l’objet de la tromperie par des qualificatifs. Les tromperies décrites comme se rapportant à la « nature et au caractère de l’acte » ou au « fait » (par opposition à l’« incitation ») vicient le consentement, alors que les autres types de tromperies n’ont pas cet effet. Cette tentative de distinction s’est toutefois révélée trop imprécise, trop facilement manipulable et trop peu rattachable à des justifications d’intérêt général sous-jacentes pour constituer un indicateur utile de la responsabilité.

[53] La leçon qu’il faut en tirer est claire. L’interprétation de l’expression « l’activité sexuelle » au moyen d’approches descriptives établissant des catégories a non seulement pour effet de créer de l’incertitude, mais elle risque également de criminaliser des comportements ne présentant pas le caractère répréhensible nécessaire, et d’étendre trop largement la portée du droit criminel. Rien ne

physical act is carried out” will fare any better than did other adjectival approaches in the past.

### C. *The Correct Approach*

[54] We conclude that Farrar J.A. was correct to interpret the “sexual activity in question” in s. 273.1(1) to refer simply to the physical sex act itself (for example, kissing, petting, oral sex, intercourse, or the use of sex toys). The complainant must agree to the *specific* physical sex act. For example, as our colleagues correctly note, agreement to one form of penetration is not agreement to any or all forms of penetration and agreement to sexual touching on one part of the body is not agreement to all sexual touching.

[55] The “sexual activity in question” does not include conditions or qualities of the physical act, such as birth control measures or the presence of sexually transmitted diseases. Thus, at the first stage of the consent analysis, the Crown must prove a lack of subjective voluntary agreement to the specific physical sex act. Deceptions about conditions or qualities of the physical act may vitiate consent under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*, if the elements for fraud are met.

[56] This approach fits within the ordinary meaning of s. 273.1(1) and the scheme of the *Code*, and it does not pose problems of uncertainty, over-criminalization, or inconsistency with *Cuerrier* and *Mabior*.

[57] In our view, “voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question” also encompasses both the sexual nature of the activity (i.e., that the act was sexual in nature as opposed to being for a different purpose, such as a medical examination) and the identity of the partner (defined in the

permet de penser que la catégorisation des tromperies selon qu’elles touchent ou non aux « caractéristiques essentielles » de l’acte ou à la « façon dont l’acte s’est déroulé » donnera de meilleurs résultats que les approches descriptives antérieures.

### C. *La bonne approche à adopter*

[54] Nous concluons que le juge Farrar a eu raison de considérer que l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1) s’entend tout simplement de l’acte sexuel physique lui-même (par exemple les baisers, les caresses, le sexe oral, les rapports sexuels ou l’utilisation d’accessoires sexuels). Le plaignant doit donner son accord à l’acte sexuel physique *spécifique*. À titre d’exemple, comme le soulignent à juste titre nos collègues, donner son accord à une forme de pénétration ne vaut pas consentement à toute forme de pénétration, et consentir à ce qu’une partie de son corps soit touchée ne vaut pas consentement à toute forme de contacts sexuels.

[55] L’expression « l’activité sexuelle » ne vise pas les conditions ou les caractéristiques de l’acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de maladies transmissibles sexuellement. En conséquence, à la première étape de l’analyse relative au consentement, le ministre public doit prouver l’absence d’accord volontaire subjectif à l’acte sexuel physique précis. Les tromperies rattachables aux conditions ou aux caractéristiques de l’acte physique peuvent vicier le consentement si les éléments constitutifs de l’infraction de fraude prévue à l’al. 265(3)c) du *Code criminel* sont réunis.

[56] Cette approche cadre bien avec le sens ordinaire du par. 273.1(1) et l’économie du *Code*; de plus, elle ne soulève aucun problème d’incertitude, de surcriminalisation ou d’incompatibilité avec les arrêts *Cuerrier* et *Mabior*.

[57] À notre avis, l’expression « accord volontaire [. . .] à l’activité sexuelle » englobe en outre tant la nature sexuelle de l’activité (c.-à-d. le fait qu’il s’agissait d’un acte de nature sexuelle par opposition à un acte accompli à une autre fin, par exemple un examen médical), que l’identité du

narrow sense of the specific identity of a partner who is personally known to the complainant). While identity and the sexual nature of the act were troublesome issues for the early cases, and while *Cuerrier*, in *obiter*, suggests that they might be considered at the second stage of the consent analysis under s. 265(3)(c), the better view is that “voluntary agreement . . . to . . . the sexual activity in question” will not exist under s. 273.1(1) if the complainant did not subjectively agree to the sexual nature of the act or the specific identity of the partner. As a result, a complainant’s mistaken belief about the identity of the partner or the sexual nature of the act — whether or not that mistake is the result of a deception — will result in no consent under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*.

[58] The sexual nature of the act is expressly included by the reference in s. 273.1(1) to the “sexual activity in question”. If one voluntarily agrees to a non-sexual activity (for example, a medical examination), one is not voluntarily agreeing to a sexual activity. Similarly, in our view, the identity of the partner, in the narrow sense, should be included in the “sexual activity in question” under s. 273.1(1); if a complainant agrees to sexual activity with A, who is a specific individual known personally to her, she is not agreeing to sexual activity with B.

[59] A number of early cases support this interpretation. For example, in *R. v. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410 (Cr. Cas. Res.), the court upheld a conviction of rape where a man obtained sex from a girl on the pretext of medical treatment. The court noted that the case was not a case where a man induced consent to sex through fraud; rather, the victim consented to a surgical operation — not to a sexual act. Thus, there was no consent to any sexual activity.

partenaire (facteur défini étroitement comme étant l’identité précise d’un partenaire que connaît personnellement le plaignant). Bien que la question de l’identité et celle de la nature sexuelle de l’acte aient constitué des aspects complexes dans les premières décisions, et bien que, dans l’arrêt *Cuerrier*, une remarque incidente suggère que ces questions pourraient être examinées à la deuxième étape de l’analyse relative au consentement, soit sous le régime de l’al. 265(3)c), l’approche qu’il convient d’adopter est la suivante : il y a absence d’« accord volontaire [. . .] à l’activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) si le plaignant n’a pas subjectivement consenti à la nature sexuelle de l’acte ou à l’identité précise de son partenaire. Par conséquent, en cas de croyance erronée du plaignant quant à l’identité de son partenaire ou à la nature sexuelle de l’acte — que cette erreur résulte ou non d’une tromperie —, il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*.

[58] La nature sexuelle de l’acte est un élément expressément inclus comme en témoigne le qualificatif utilisé dans l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1). Si une personne donne volontairement son accord à une activité non sexuelle (un examen médical par exemple), elle ne consent pas volontairement à une activité sexuelle. De même, nous sommes d’avis que l’expression « l’activité sexuelle » figurant au par. 273.1(1) devrait inclure la notion d’identité du partenaire, au sens étroit de ce terme; en effet, si la plaignante donne son accord à une activité sexuelle avec A, une personne précise qu’elle connaît personnellement, elle ne consent pas à une activité sexuelle avec B.

[59] Un certain nombre d’anciennes décisions appuient cette interprétation. Dans *R. c. Flattery* (1877), 2 Q.B.D. 410 (Cr. Cas. Res.), par exemple, le tribunal a confirmé la déclaration de culpabilité pour viol prononcée contre un homme qui avait eu des rapports sexuels avec une jeune femme en prétendant qu’il s’agissait d’un traitement médical. La cour a souligné qu’il ne s’agissait pas d’un cas où un homme avait incité sa victime à consentir par la fraude, mais plutôt d’un cas où, comme la victime avait consenti à une intervention chirurgicale — et non à un acte sexuel —, il n’y avait pas eu consentement à une activité sexuelle.

[60] Similarly, *R. v. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468 (Cr. Cas. Res.), the court upheld a conviction of rape where a man pretended to be the victim's husband. May C.J. stated that "[t]he act she permitted cannot properly be regarded as the real act which took place; therefore, the connexion was done, in my opinion, without her consent, and the crime of rape was constituted" (p. 479).

[61] In *Dee*, Palles C.B. stated:

. . . an act done under the *bona fide* belief that it is another act *different in its essence* is not in law the act of the party. That is the present case — a case which it is hardly necessary to point out is not that of consent in fact sought to be avoided for fraud, but one in which that which took place never amounted to consent. The person by whom the act was to be performed was part of its essence. The consent of the intellect, the only consent known to the law, was to the act of the husband only . . . . [Emphasis in original; p. 488.]

[62] In *Clarence*, Stephen J. acknowledged that there is abundant authority for the idea that frauds about identity or the sexual nature of the act vitiate consent. However, he commented:

I should myself prefer to say that consent in such cases does not exist at all, because the act consented to is not the act done. Consent to a surgical operation or examination is not a consent to sexual connection or indecent behaviour. Consent to connection with a husband is not consent to adultery. [p. 44]

[63] More recently, the Ontario Court of Appeal in *R. v. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, leave to appeal refused, [2010] 3 S.C.R. v, adopted this approach and held that the complainant's belief that the partner was her boyfriend when it was in fact his identical twin resulted in *no consent* to the

[60] De même, dans l'affaire *R. c. Dee* (1884), 14 L.R. Ir. 468 (Cr. Cas. Res.), une déclaration de culpabilité pour viol a été confirmée dans le cas d'un homme qui avait prétendu être le mari de la victime. D'affirmer le juge en chef May, [TRADUCTION] « [I]'acte qu'elle a autorisé ne peut à bon droit être considéré comme l'acte véritable ayant eu lieu; il y a donc eu, à mon avis, relations sexuelles sans son consentement, et le crime de viol a été établi » (p. 479).

[61] Dans *Dee*, le baron en chef Palles s'est pour sa part exprimé en ces termes :

[TRADUCTION] . . . un acte accompli par une personne qui croit en toute bonne foi qu'il s'agit d'un acte *essentiellement différent* ne constitue pas en droit un acte de cette personne. Nous sommes en présence d'un tel cas — une affaire qui, il n'est guère besoin de le souligner, n'est pas un cas de consentement que l'on veut dans les faits faire déclarer nul pour cause de fraude, mais plutôt une situation où il n'y a jamais eu consentement à ce qui s'est déroulé. La personne par qui l'acte devait être accompli faisait partie de l'essence même de l'acte. Le consentement résultant de l'intelligence, le seul consentement connu en droit, valait uniquement pour les actes accomplis par le mari . . . [En italique dans l'original; p. 488.]

[62] Dans *Clarence*, le juge Stephen a reconnu l'existence d'une abondante jurisprudence étayant la thèse selon laquelle les fraudes portant sur l'identité du partenaire ou la nature sexuelle de l'acte vicient le consentement. Il a toutefois formulé l'observation suivante :

[TRADUCTION] Je préfère pour ma part dire que, dans de tels cas, aucun consentement n'a été donné, parce que l'acte auquel il a été consenti n'est pas celui qui a été accompli. Le consentement à une intervention chirurgicale ou à un examen médical ne constitue pas un consentement à des relations sexuelles ou à un attentat à la pudeur. La femme qui consent à des relations sexuelles avec son mari ne consent pas à l'adultère. [p. 44]

[63] Plus récemment, dans *R. c. G.C.*, 2010 ONCA 451, 266 O.A.C. 299, autorisation d'appel refusée, [2010] 3 R.C.S. v, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté cette approche et conclu que, comme la plaignante croyait que le partenaire était son petit ami, alors qu'il s'agissait en fait du frère jumeau

“sexual activity in question” under s. 273.1 of the *Criminal Code*. (See also *R. v. O.A.*, 2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305.)

#### V. Application

[64] The first question is whether the complainant voluntarily agreed to the “sexual activity in question”. On the approach we propose, the “sexual activity in question” was the sexual intercourse that took place in this case. Effective condom use is a method of contraception and protection against sexually transmitted disease; it is not a sex act.

[65] There is no dispute that the complainant subjectively consented to sexual intercourse with Mr. Hutchinson at the time that it occurred. We conclude that the Crown did not prove that there was no voluntary agreement to the “sexual activity in question” under s. 273.1(1) of the *Criminal Code*.

[66] The next question is whether any of the circumstances in which voluntary agreement is not effective apply. These circumstances are listed in s. 265(3) and s. 273.1(2). The only provision argued is s. 265(3)(c). So the key issue is whether the complainant’s agreement to the sexual activity in question was vitiated by fraud under s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*.

[67] As we have seen, “fraud” for the purposes of consent has two elements: (1) dishonesty, which can include the non-disclosure of important facts; and (2) deprivation or risk of deprivation in the form of serious bodily harm which results from the dishonesty (*Cuerrier*). Did the Crown prove that no consent was obtained by virtue of fraud?

[68] The dishonesty in this case is evident and admitted. Mr. Hutchinson obtained the complainant’s consent to sexual intercourse only by failing to disclose the critical fact that he had sabotaged

identique de ce dernier, il n’y avait eu *aucun consentement*, au sens de l’art. 273.1 du *Code criminel*, à « l’activité sexuelle ». (Voir aussi *R. c. O.A.*, 2013 ONCA 581, 310 O.A.C. 305.)

#### V. Application aux faits de l’espèce

[64] La première question qui se pose consiste à déterminer si la plaignante a volontairement donné son accord à « l’activité sexuelle ». Suivant l’approche que nous proposons, « l’activité sexuelle » a consisté en les rapports sexuels qui se sont déroulés en l’espèce. L’utilisation d’un condom efficace est une méthode de contraception, ainsi qu’une mesure de protection contre les maladies transmissibles sexuellement; elle ne constitue pas un acte sexuel.

[65] Personne ne conteste que la plaignante avait subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels avec M. Hutchinson au moment où ceux-ci se sont déroulés. Nous concluons que le ministère public n’a pas prouvé qu’il y avait eu absence d’accord volontaire à « l’activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*.

[66] La question suivante consiste à décider si l’une ou l’autre des circonstances niant l’existence d’un accord volontaire s’applique en l’espèce. Ces circonstances sont énoncées aux par. 265(3) et 273.1(2). La seule disposition invoquée est l’al. 265(3)(c). La question clé est donc de savoir si l’accord donné par la plaignante à l’activité sexuelle était vicié par la fraude suivant l’al. 265(3)(c) du *Code criminel*.

[67] Comme nous l’avons vu, la « fraude » en matière de consentement comporte deux éléments : (1) une malhonnêteté, qui peut consister en la non-divulgaration de faits importants; (2) une privation ou un risque de privation résultant de la malhonnêteté et prenant la forme de lésions corporelles graves (*Cuerrier*). Le ministère public a-t-il prouvé l’absence de consentement en raison d’une fraude?

[68] En l’espèce, la malhonnêteté est évidente et admise. Monsieur Hutchinson n’a obtenu le consentement de la plaignante aux rapports sexuels qu’en dissimulant le fait important qu’il avait saboté

the condoms and thereby compromised their contraceptive value. The only remaining issue is whether there was a sufficient deprivation to establish fraud.

[69] Mr. Hutchinson argues that the universal threshold for deprivation under s. 265(3)(c) post-*Cuerrier* is a “significant risk of serious bodily harm”, and that the Crown did not establish that here. The Crown argues that a new trial is required to determine whether the risk of pregnancy caused by the sabotaged condoms constituted a “significant risk of serious bodily harm”. These arguments over-read *Cuerrier*. The Court in *Cuerrier* was addressing the specific risk of sexually transmitted diseases. It did not foreclose the possibility that other types of harm may amount to equally serious deprivations and therefore suffice to establish the requirements of fraud under s. 265(3)(c).

[70] The concept of “harm” does not encompass only bodily harm in the traditional sense of that term; it includes at least the sorts of profound changes in a woman’s body — changes that may be welcomed or changes that a woman may choose not to accept — resulting from pregnancy. Depriving a woman of the choice whether to become pregnant or increasing the risk of pregnancy is equally serious as a “significant risk of serious bodily harm” within the meaning of *Cuerrier*, and therefore suffices to establish fraud vitiating consent under s. 265(3)(c).

[71] We conclude that where a complainant has chosen not to become pregnant, deceptions that deprive her of the benefit of that choice by making her pregnant, or exposing her to an increased risk of becoming pregnant by removing effective birth control, may constitute a sufficiently serious deprivation for the purposes of fraud vitiating consent under s. 265(3)(c).

les condoms et ainsi compromis leur efficacité contraceptive. La seule question qu’il reste à trancher est celle de savoir s’il y a eu privation suffisante pour établir l’existence d’une fraude.

[69] Monsieur Hutchinson prétend que, depuis l’arrêt *Cuerrier*, la privation minimale requise dans tous les cas pour l’application de l’al. 265(3)c) est l’existence d’un « risque important de lésions corporelles graves », et que le ministère public n’a pas fait la preuve d’un tel risque en l’espèce. Pour sa part, le ministère public plaide qu’un nouveau procès doit avoir lieu afin de déterminer si le risque de grossesse découlant de l’utilisation de condoms sabotés constituait un « risque important de lésions corporelles graves ». Ces arguments reposent sur une lecture inexacte de l’arrêt *Cuerrier*. Dans cette affaire, la Cour examinait les risques particuliers découlant des maladies transmissibles sexuellement. Elle n’a pas écarté la possibilité que d’autres types de préjudices puissent constituer des privations tout aussi graves et, de ce fait, satisfaire à la condition requise pour qu’il y ait fraude suivant l’al. 265(3)c).

[70] La notion de « préjudice » ne s’entend pas uniquement des lésions corporelles au sens traditionnel de ce terme; elle vise également à tout le moins les changements profonds que cause une grossesse au corps d’une femme — changements qui pourraient être les bienvenus ou que la femme pourrait choisir de ne pas accepter. Le fait de priver une femme de la faculté de choisir si elle veut ou non devenir enceinte, ou celui d’accroître les risques qu’elle le devienne, est tout aussi grave qu’un « risque important de lésions corporelles graves » au sens de l’arrêt *Cuerrier*, et il suffit donc pour établir l’existence d’une fraude viciant le consentement pour l’application de l’al. 265(3)c).

[71] Nous arrivons à la conclusion que, dans les cas où une plaignante a choisi de ne pas devenir enceinte, les tromperies qui la privent du bénéfice de ce choix — soit en la rendant enceinte, soit en l’exposant à un risque accru de grossesse par l’élimination de mesures contraceptives efficaces — peuvent constituer une privation suffisamment grave pour représenter une fraude viciant le consentement suivant l’al. 265(3)c).

[72] This application of “fraud” under s. 265(3)(c) is consistent with *Charter* values of equality and autonomy, while recognizing that not every deception that induces consent should be criminalized. To establish fraud, the dishonest act must result in a deprivation that is equally serious as the deprivation recognized in *Cuerrier* and in this case. For example, financial deprivations or mere sadness or stress from being lied to will not be sufficient.

[73] In this case, while the Crown did not establish beyond a reasonable doubt that the complainant’s pregnancy was the result of the damaged condoms, Mr. Hutchinson exposed her to an increased risk of becoming pregnant by using a faulty condom. As the trial judge found, a condom with a pinprick in it is no longer effective birth control (para. 27). This constituted a sufficient deprivation for fraud, within the meaning established in *Cuerrier*.

[74] We conclude that there was no consent in this case by reason of fraud, pursuant to s. 265(3)(c) of the *Criminal Code*. Mr. Hutchinson is therefore guilty of sexual assault.

#### VI. Disposition

[75] We would dismiss the appeal.

The reasons of Abella, Moldaver and Karakatsanis JJ. were delivered by

[76] ABELLA AND MOLDAVER JJ. — This case involves a woman who agreed to sexual intercourse with a condom. When a woman agrees to have sexual intercourse with a condom, she is consenting to a particular sexual activity. It is a different sexual activity than sexual intercourse *without* a condom. Her reasons for requiring a condom as part of the activity may be to prevent pregnancy, or they may be a matter of personal preference. But whatever her reasons, they are beyond the scope of the criminal

[72] En plus d’être compatible avec les valeurs d’égalité et d’autonomie consacrées par la *Charte*, cette interprétation de la « fraude » visée à l’al. 265(3)c) reconnaît qu’il n’y a pas lieu de criminaliser toute tromperie qui incite une personne à donner son consentement. Pour établir l’existence d’une fraude, il faut prouver que l’acte malhonnête a entraîné une privation tout aussi grave que celle reconnue dans l’arrêt *Cuerrier* et en l’espèce. À titre d’exemple, des privations financières ou le seul fait que le plaignant ressent de la tristesse ou du stress parce qu’on lui a menti ne suffiront pas.

[73] Dans la présente affaire, bien que le ministère public n’ait pas prouvé hors de tout doute raisonnable que la plaignante était devenue enceinte en raison des condoms endommagés, M. Hutchinson l’a néanmoins exposée à un risque accru de grossesse en utilisant un condom défectueux. Comme a conclu le juge du procès, un condom troué par une aiguille ne constitue plus une mesure contraceptive efficace (par. 27). Il s’agissait là d’une privation suffisante pour conclure à une fraude au sens donné à cette notion dans *Cuerrier*.

[74] Nous concluons qu’en l’espèce il n’y pas eu consentement en raison d’une fraude visée à l’al. 265(3)c) du *Code criminel*. Monsieur Hutchinson est par conséquent coupable d’agression sexuelle.

#### VI. Dispositif

[75] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Abella, Moldaver et Karakatsanis rendus par

[76] LES JUGES ABELLA ET MOLDAVER — La présente affaire concerne une femme qui a donné son accord à des rapports sexuels avec condom. Lorsqu’une femme donne son accord à des rapports avec condom, elle consent à une activité sexuelle particulière. Il s’agit d’une activité sexuelle différente de rapports sexuels *sans* condom. La raison pour laquelle elle exige le port d’un condom peut être le désir de prévenir une grossesse, tout comme il peut également s’agir d’une préférence

law. What *is* within its scope is what she actually agreed to, not why. The deliberate and undisclosed thwarting of her agreement as to how the intercourse is to take place turns the sexual activity into a non-consensual act, regardless of its consequences. This engages s. 273.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, whose purpose is to ascertain whether there was consent to the activity in the first place. This is, first and foremost, a function of everyone's right to decide whether and how to engage in sexual activity.

[77] The factual events which gave rise to these proceedings are not in dispute. The complainant agreed to have sexual intercourse with Craig Hutchinson with a condom so that she would not get pregnant. Condom use, therefore, clearly meant an intact condom. Mr. Hutchinson secretly poked holes in the condom and used it during sexual intercourse. The complainant only learned of this when he later told her what he had done. At trial, Mr. Hutchinson was convicted of sexual assault under s. 271 of the *Criminal Code*.

[78] The issue before this Court is which *Criminal Code* provision applies in examining whether there was consent. The trial judge and a majority of the Nova Scotia Court of Appeal found that s. 273.1(1) applied and concluded that under that provision, there was no consent to the sexual activity in question. The dissenting judge was of the view that the complainant had consented to sexual intercourse generally and that the condom was not part of the sexual activity. He would have ordered a new trial to determine whether the consent had been vitiated by fraud under s. 265(3)(c).

personnelle. Mais, quelles qu'elles soient, ces raisons débordent le champ d'application du droit criminel. L'aspect qui *relève* du droit criminel est ce à quoi elle a effectivement donné son accord, non pourquoi elle l'a donné. Le fait de contrecarrer secrètement et délibérément l'accord qu'a donné la plaignante à l'égard de la façon dont les rapports sexuels doivent se dérouler a pour effet de transformer l'activité sexuelle en un acte non consensuel, indépendamment des conséquences de cette activité. Cette situation entraîne l'application du par. 273.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui a pour objet de permettre de déterminer s'il y a eu au départ consentement à l'activité. Il s'agit là d'abord et avant tout d'une conséquence du droit de toute personne de décider si elle veut oui ou non participer à une activité sexuelle et, dans l'affirmative, de quelle façon.

[77] Les faits à l'origine de l'instance ne sont pas contestés. La plaignante a accepté d'avoir des rapports sexuels avec Craig Hutchinson si ce dernier portait un condom, pour ne pas qu'elle tombe enceinte. L'utilisation du condom s'entendait donc clairement d'un condom intact. Monsieur Hutchinson a secrètement percé des trous dans le condom et il l'a utilisé pendant les rapports sexuels. Ce n'est que plus tard que la plaignante a appris ce que M. Hutchinson avait fait, lorsque celui-ci lui a dit. À son procès, M. Hutchinson a été déclaré coupable d'agression sexuelle en vertu de l'art. 271 du *Code criminel*.

[78] La question en litige devant notre Cour consiste à déterminer quelle disposition du *Code criminel* s'applique pour décider s'il y a eu consentement. Le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse ont statué que le par. 273.1(1) s'appliquait et ils ont conclu que, suivant cette disposition, il n'y avait pas eu consentement à l'activité sexuelle. Le juge dissident a exprimé l'avis que la plaignante avait consenti à des rapports sexuels de manière générale et que le port d'un condom ne faisait pas partie de l'activité sexuelle. Il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès afin que soit tranchée la question de savoir si ce consentement avait été vicié par la fraude suivant l'al. 265(3)(c).

[79] We would dismiss the appeal. The starting point for the analysis is s. 273.1(1). The question is not whether consent was vitiated by fraud, it is whether there was consent to the sexual activity in the first place. In our view, there was no such consent, making s. 273.1(1) the applicable provision. The complainant in this case agreed to engage in sexual activity in a certain manner, that is, sexual intercourse with a condom. It goes without saying that when someone agrees to sexual intercourse with a condom, she is agreeing to sexual intercourse with an *intact* condom. The deliberate sabotaging of that condom without her knowledge or agreement makes what happened different from what the complainant agreed to. Since the complainant never agreed to engage in sexual intercourse with a sabotaged condom, there is therefore no consent under s. 273.1(1) and the inquiry for the purposes of the *actus reus* of sexual assault is complete.

#### Analysis

[80] The relevant provisions, s. 273.1(1) and s. 265(3)(c), state:

**273.1** (1) Subject to subsection (2) and subsection 265(3), “consent” means, for the purposes of sections 271, 272 and 273, the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question.

#### **265. . . .**

(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

- (a) the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (b) threats or fear of the application of force to the complainant or to a person other than the complainant;
- (c) fraud; or
- (d) the exercise of authority.

[79] Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi. Le paragraphe 273.1(1) constitue le point de départ de l’analyse. La question à trancher n’est pas celle de savoir si le consentement a été vicié par la fraude, il s’agit de savoir s’il y a eu au départ consentement à l’activité sexuelle. Selon nous, il n’y a pas eu de tel consentement. C’est donc le par. 273.1(1) qui est applicable. La plaignante en l’espèce a consenti à des activités sexuelles qui se dérouleraient d’une certaine façon, soit à des rapports sexuels avec condom. Il va sans dire que, lorsqu’une personne donne son accord à des rapports sexuels avec condom, elle donne son accord à des rapports sexuels avec un condom *intact*. Le sabotage délibéré du condom, à l’insu de cette personne et sans son accord, fait de l’activité qui s’est déroulée une activité différente de celle à laquelle elle avait consenti. Puisque la plaignante n’a jamais consenti à avoir des rapports sexuels avec un condom saboté, il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1) et l’examen aux fins de l’*actus reus* de l’agression sexuelle est terminé.

#### Analyse

[80] Les dispositions pertinentes, en l’occurrence le par. 273.1(1) et l’al. 265(3)c), sont rédigées ainsi :

**273.1** (1) Sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l’application des articles 271, 272 et 273, en l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle.

#### **265. . . .**

(3) Pour l’application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison :

- a) soit de l’emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne;
- b) soit des menaces d’emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne;
- c) soit de la fraude;
- d) soit de l’exercice de l’autorité.

[81] In *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, this Court set out the governing framework for analyzing whether the elements of sexual assault are met in a given case. The *mens rea* for sexual assault requires the accused to have knowledge of, or be willfully blind to, the complainant's lack of consent. The central focus of the analysis of the *actus reus* of sexual assault, on the other hand, is to determine what the complainant agreed to, and what in fact took place. The *actus reus* requires proof of three elements: "(i) touching, (ii) the sexual nature of the contact, and (iii) the absence of consent" (para. 25). While the first two elements are determined objectively, the third — the absence of consent — "is subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred" (para. 26). It is the third component of the *actus reus* that we are concerned with in this appeal.

[82] In *Ewanchuk*, the foundational principles underlying the law of sexual assault were distilled by Major J. as follows:

Society is committed to protecting the personal integrity, both physical and psychological, of every individual. Having control over *who* touches one's body, and *how*, lies at the core of human dignity and autonomy. The inclusion of assault and sexual assault in the *Code* expresses society's determination to protect the security of the person from any non-consensual contact or threats of force. The common law has recognized for centuries that the individual's right to physical integrity is a fundamental principle, "every man's person being sacred, and no other having a right to meddle with it, in any the slightest manner" . . . . It follows that any intentional but unwanted touching is criminal. [Emphasis added; para. 28.]

[83] In other words, society's commitment to protecting a person's autonomy and dignity requires that individuals have the right to determine *who* touches their body, and *how* the touching will

[81] Dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, notre Cour a énoncé le cadre d'analyse applicable pour déterminer si les éléments de l'infraction d'agression sexuelle sont établis dans une affaire donnée. Pour que soit établie la *mens rea*, il faut démontrer que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il a fait montre d'aveuglement volontaire à cet égard. Par ailleurs, l'analyse de l'*actus reus* de l'agression sexuelle consiste essentiellement à déterminer ce à quoi la plaignante a donné son accord et ce qui s'est produit dans les faits. L'*actus reus* requiert la preuve de trois éléments : « (i) les attouchements, (ii) la nature sexuelle des contacts, (iii) l'absence de consentement » (par. 25). Bien que les deux premiers éléments soient déterminés objectivement, le troisième — l'absence de consentement — « est subjecti[f] et détermin[é] par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu » (par. 26). Dans le présent pourvoi, c'est le troisième élément de l'*actus reus* qui nous intéresse.

[82] Dans l'arrêt *Ewanchuk*, le juge Major a résumé ainsi les principes fondamentaux qui sous-tendent les règles de droit applicables en matière d'agression sexuelle :

La société est déterminée à protéger l'intégrité personnelle, tant physique que psychologique, de tout individu. Le pouvoir de l'individu de décider *qui* peut toucher son corps et *de quelle façon* est un aspect fondamental de la dignité et de l'autonomie de l'être humain. L'inclusion des infractions de voies de fait et d'agression sexuelle dans le *Code* témoigne de la détermination de la société à assurer la sécurité des personnes, en les protégeant des contacts non souhaités ou des menaces de recours à la force. La common law reconnaît depuis des siècles que le droit d'un individu à son intégrité physique est un principe fondamental : [TRADUCTION] « la personne de tout homme étant sacrée, et nul n'ayant le droit de lui porter atteinte, quelque légère qu'elle soit » [. . .] Par conséquent, tout attouchement intentionnel mais non souhaité est criminel. [Italiques ajoutés; par. 28.]

[83] Autrement dit, parce que la société est déterminée à protéger l'autonomie et la dignité de la personne, il faut que celle-ci ait le droit de décider *qui* touchera son corps et la *façon* dont se dérouleront

occur. The right to determine *how* sexual touching is to occur clearly encompasses a person's right to determine where one's body is touched and by what means. At its core, this case concerns the right recognized in *Ewanchuk* to determine how sexual touching will take place.

[84] This protection underlies the definition of consent set out in s. 273.1(1) as being “the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question”. When it defined consent in s. 273.1(1) in this way in 1992, Parliament's intent was to address the “fundamental” issue of giving full and clear meaning to the concept of “consent” (Kim Campbell, Minister of Justice and Attorney General of Canada, *House of Commons Debates*, vol. IX, 3rd Sess., 34th Parl., June 15, 1992, at pp. 12027-28; see also pp. 12041 and 12043). As another parliamentarian explained:

Consent is the crux of sexual assault trials. If it has been established that consent has been given, the woman's claim of attack is rejected. It is imperative that the law be absolutely clear on this matter, as must the partners involved in the sexual activity.

The bill states that consent is the voluntary agreement of the complainant to engage in the sexual activity in question. There is no need for lawyers to be present. All you need are two people who understand each other's needs . . . .

(Shirley Maheu, M.P. from Saint-Laurent—Cartierville, *ibid.*, at p. 12045)

[85] Since the protection of personal integrity underlies the requirement for consent in s. 273.1(1), consent to the “sexual activity in question” necessarily means the complainant's voluntary agreement both to engage in touching of a sexual nature and to the manner in which that touching is carried out. In other words, without voluntary agreement as to the “how” — the manner in which the sexual activity in question occurred — there is no consent within the meaning of s. 273.1(1).

les contacts sexuels. Le droit d'une personne de décider de la *façon* dont se dérouleront les contacts sexuels englobe clairement celui de décider quelle partie de son corps sera touchée et par quel moyen. Essentiellement, la présente espèce concerne le droit reconnu dans *Ewanchuk* de décider de la façon dont se dérouleront les contacts sexuels.

[84] Cette protection est à la base de la définition du mot « consentement » énoncée au par. 273.1(1), à savoir « l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle ». Lorsque, en 1992, le Parlement a défini le consentement en ces termes au par. 273.1(1), il entendait régler la question « fondamentale » du « consentement » en établissant une définition claire et complète de ce concept (Kim Campbell, ministre de la Justice et procureure générale du Canada, *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 15 juin 1992, p. 12027-12028; voir aussi p. 12041 et 12043). Comme l'a expliqué une autre parlementaire :

Le consentement est le nœud de tout procès pour agression sexuelle. Si on établit qu'une femme a donné son accord, sa plainte est alors rejetée. Il est essentiel que la loi soit tout à fait claire sur cette question et que les partenaires sexuels sachent exactement à quoi s'en tenir.

On précise dans le projet de loi que le consentement consiste en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle. Il est inutile que des avocats soient présents. Il suffit que deux personnes comprennent leurs besoins respectifs . . . .

(Shirley Maheu, députée de Saint-Laurent—Cartierville, *ibid.*, p. 12045)

[85] Comme la protection de l'intégrité personnelle est à la base de l'exigence relative au consentement prévue au par. 273.1(1), le consentement à « l'activité sexuelle » s'entend nécessairement de l'accord volontaire du plaignant à la fois aux contacts de nature sexuelle et à la manière dont ces contacts se déroulent. En d'autres mots, en l'absence d'accord volontaire quant à la « façon » — c'est-à-dire la manière dont s'est déroulée l'activité sexuelle — il n'y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1).

[86] The dissenting judge in the Court of Appeal, like McLachlin C.J. and Cromwell J., concluded that the specific sexual activity in question here was “sexual intercourse”. Since the complainant consented to sexual intercourse, there was consent within the meaning of s. 273.1(1). In the dissenting judge’s view, the term “sexual activity” in s. 273.1(1) has a narrow meaning, referring only to “actual incidents of physical touching, whether oral sex, or intercourse, or another ‘category’ of activity, and not to the *conditions* of that touching” (para. 127 (emphasis in original)). With respect, advertent to generic, categorical labels of sexual activity obscures the purpose of the consent inquiry regarding the *actus reus* of sexual assault. The complainant must consent to the sexual touching which actually took place (*Ewanchuk*, at para. 26). And this Court confirmed in *R. v. J.A.*, [2011] 2 S.C.R. 440, that the relevant time for determining that consent is when the activity occurred. To interpret “sexual activity in question” in s. 273.1(1) without regard to the specific touching that occurs extinguishes the right of a person to decide whether to give or withhold consent to the sexual activity which is to take place.

[87] The dissenting judge’s technical definition of “sexual activity in question” also suggests that once a person consents to a “category” of sexual activity, the inquiry goes to s. 265(3) to determine whether that general consent was vitiated. This, with respect, reads out the protection in *Ewanchuk* for the “how” of the sexual touching. A person who has consented to being touched over her clothing above the waist, is not consenting to being touched under her clothing below the waist. Both instances are “touching”, but only one was agreed to. In the same way, agreeing to “penetration” does not thereby mean consenting to any or all forms or penetration. The notion that general consent is given under s. 273.1(1) so long as the other person’s actions fall somewhere within the generic category of what the complainant agreed to, such as touching or penetration, is untenable. It represents the triumph of terminology over personal integrity and

[86] En Cour d’appel, le juge dissident a conclu, à l’instar de la juge en chef McLachlin et du juge Cromwell, que l’activité sexuelle spécifique dans la présente affaire consistait en des « rapports sexuels ». Puisque la plaignante avait consenti à des rapports sexuels, il y avait eu consentement au sens du par. 273.1(1). De l’avis du juge dissident, l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1) possède un sens étroit et s’entend uniquement [TRADUCTION] « des contacts physiques qui ont effectivement eu lieu, qu’il s’agisse de sexe oral, de rapports sexuels ou d’une autre “catégorie” d’activités, et non des *conditions* dans lesquelles se sont déroulés ces contacts » (par. 127 (en italique dans l’original)). Avec égards, recourir à des termes génériques ou à des catégories pour désigner l’activité sexuelle embrouille l’objet de l’analyse relative au consentement en ce qui concerne l’*actus reus* de l’agression sexuelle. Le plaignant doit avoir consenti aux contacts sexuels qui se sont effectivement déroulés (*Ewanchuk*, par. 26). De plus, dans *R. c. J.A.*, [2011] 2 R.C.S. 440, notre Cour a confirmé que le moment pertinent pour déterminer s’il y a eu consentement à l’activité sexuelle est celui où s’est déroulée cette activité. Le fait d’interpréter l’expression « activité sexuelle » figurant au par. 273.1(1) sans tenir compte des contacts spécifiques qui ont eu lieu annihile le droit d’une personne de consentir ou non à l’activité sexuelle qui doit se dérouler.

[87] La définition technique donnée par le juge dissident à l’expression « l’activité sexuelle » tend également à indiquer que, lorsqu’une personne consent à une « catégorie » d’activités sexuelles, il faut déterminer, au regard du par. 265(3), si ce consentement général a été vicié. Avec égards pour l’opinion exprimée par le juge dissident, cette interprétation a pour effet d’éliminer la protection reconnue dans *Ewanchuk* à l’égard de la « façon » dont se déroulent les contacts sexuels. La personne qui consent à être touchée par-dessus ses vêtements au-dessus de la taille ne consent pas à se faire toucher sous ceux-ci en dessous de la taille. Dans les deux cas, il s’agit de « contacts », mais il n’y a eu consentement qu’aux premiers. De même, le fait de consentir à une forme de « pénétration » ne vaut pas consentement à toutes les formes de pénétration. La thèse voulant qu’il y ait consentement général du plaignant au sens du par. 273.1(1) tant que les

completely undermines *Ewanchuk*'s basic principle that “any intentional but unwanted touching is criminal” by virtue of the fact that it was unwanted (para. 28 (emphasis added)).

[88] A person consents to *how* she will be touched, and she is entitled to decide what sexual activity she agrees to engage in for whatever reason she wishes. The fact that some of the consequences of her motives are more serious than others, such as pregnancy, does not in the slightest undermine her right to decide the manner of the sexual activity she wants to engage in. It is neither her partner's business nor the state's. The complainant's voluntary agreement to the manner in which the sexual touching was carried out, requires the complainant's consent to where on her body she was touched and with what. It does not, however, require consent to the consequences of that touching, or the characteristics of the sexual partner, such as age, wealth, marital status, or health. These consequences or characteristics, while potentially significant, are not part of the actual physical activity that is agreed to. If we included them in the meaning of the sexual activity in question under s. 273.1(1), we would be criminalizing activity that thwarts the *motives* of a complainant, instead of focussing on the unwanted physical activity that actually took place. To state the proposition demonstrates its unacceptable reach. While it is true that the third element of the *actus reus* — the complainant's absence of consent to the touching — is a subjective inquiry, it must nonetheless relate to the specific way in which he or she is touched, not to why. The avoidance or pursuit of pregnancy may well motivate why the specific sexual activity is being agreed to, but the motivation for the sexual activity is not the sexual activity itself.

agissements de l'autre personne demeurent dans la catégorie générique d'actes auxquels le premier a consenti, par exemple des attouchements ou la pénétration, est indéfendable. Elle représente le triomphe de la terminologie sur l'intégrité personnelle et elle sape complètement le principe de base énoncé dans *Ewanchuk* selon lequel « *tout* attouchement intentionnel mais non souhaité est criminel » du fait qu'il n'était pas souhaité (par. 28 (italiques ajoutés)).

[88] Une personne consent à la *façon* dont elle sera touchée, et elle a le droit de choisir l'activité sexuelle à laquelle elle consent à participer, et ce, pour les raisons qui lui plaisent. Le fait que certaines conséquences des raisons qui la motivent soient plus graves que d'autres, la grossesse par exemple, n'affecte d'absolument aucune façon son droit de décider de la manière dont se déroulera l'activité sexuelle à laquelle elle veut participer. Cela ne regarde ni son partenaire ni l'État. Pour qu'il y ait eu accord volontaire de la plaignante à la façon dont se sont déroulés les contacts sexuels, il faut qu'elle ait consenti à être touchée là où elle l'a été et à ce avec quoi elle l'a été. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'elle ait consenti aux conséquences de ces contacts ou aux caractéristiques du partenaire sexuel, par exemple son âge, sa fortune, son état matrimonial ou son état de santé. Bien que potentiellement importantes, ces conséquences ou caractéristiques ne font pas partie de « l'activité sexuelle » à l'égard de laquelle l'accord a été donné. Si on considérait qu'elles sont incluses dans l'expression « l'activité sexuelle » au par. 273.1(1), on criminaliserait une activité qui ne correspond pas aux *motifs* de la plaignante, au lieu de s'attacher à l'activité physique non souhaitée qui s'est effectivement déroulée. Énoncer cette proposition fait bien ressortir sa portée inacceptable. Quoique le troisième élément de l'*actus reus* — l'absence de consentement de la plaignante aux attouchements — commande une analyse subjective, cette analyse doit néanmoins porter sur la manière précise dont la plaignante est touchée, et non sur les raisons pour lesquelles elle l'est. Le désir d'éviter ou de favoriser une grossesse peut fort bien être le motif pour lequel la plaignante donne son accord à l'activité sexuelle spécifique, mais ce motif ne constitue pas l'activité sexuelle en soi.

[89] That is why we would *not* adopt the “essential features” test proposed by the majority of the Nova Scotia Court of Appeal, under which “if there is no consent to an essential feature of the sexual act itself, there can be no consent to ‘the sexual activity in question’” (para. 46). By focussing on what is an “essential” feature of the sexual activity to the complainant, there is a risk of capturing “features” which are not a part of the *how* of the sexual activity. In other words, the language of “essential features” opens the door to a broader inquiry than whether the complainant consented *specifically to the sexual touching which occurred*. To the extent that our colleagues have conflated our approach with the “essential features” test, it does not, with respect, reflect our reasons.

[90] But neither do we agree that the fraud provision in s. 265(3)(c) must be the framework for analyzing consent in sexual assault cases whenever deception is involved. When a complainant does not voluntarily agree to the sexual activity which occurred, consent does not exist within the meaning of s. 273.1(1), and the inquiry for the purposes of the *actus reus* of sexual assault is complete.

[91] Unlike under s. 265(3)(c), which requires both a dishonest act *and* a deprivation, consent under s. 273.1(1) has never required an analysis of the risks or consequences caused by unwanted sexual touching. This Court has consistently affirmed that it is the *unwanted* nature of non-consensual sexual touching that violates the complainant’s sexual integrity and gives rise to culpability under the criminal law, not just the risk of further harm that the sexual touching may create. Requiring an analysis of the risks or consequences of all non-consensual sexual touching if deception is later discovered, adds a barrier to the simple ability to demonstrate whether the activity which occurred was agreed to *when it occurred*. It thereby undermines the values

[89] Voilà pourquoi nous ne pouvons *pas* souscrire à l’analyse fondée sur les « caractéristiques essentielles » que proposent les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse, analyse selon laquelle, [TRADUCTION] « en l’absence de consentement à l’égard d’une caractéristique essentielle de l’activité sexuelle elle-même, il ne saurait y avoir consentement à “l’activité sexuelle” » (par. 46). En mettant l’accent sur ce qui constitue une caractéristique « essentielle » de l’activité sexuelle pour le plaignant, on risque de prendre en compte des « caractéristiques » qui ne font pas partie de la *façon* dont se déroule l’activité sexuelle. Autrement dit, l’expression « caractéristiques essentielles » ouvre la porte à une analyse plus large que l’examen de la question de savoir si le plaignant a consenti *spécifiquement aux contacts sexuels qui se sont déroulés*. Dans la mesure où nos collègues ont amalgamé notre approche avec celle fondée sur la norme des « caractéristiques essentielles », leur lecture, avec égards, ne reflète pas nos motifs.

[90] Mais nous ne partageons pas non plus l’opinion selon laquelle la disposition relative à la fraude figurant à l’al. 265(3)c) doit constituer le cadre d’analyse de la question du consentement dans toutes les affaires d’agression sexuelle où une tromperie est invoquée. Lorsque le plaignant n’a pas donné son accord volontaire à l’activité sexuelle qui s’est déroulée, il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1) et l’analyse relative à l’*actus reus* de l’agression sexuelle est complète.

[91] À la différence de l’analyse requise pour l’application de l’al. 265(3)c), qui requiert à la fois un acte malhonnête *et* une privation, l’analyse relative au consentement visé au par. 273.1(1) n’a jamais exigé la prise en compte des risques ou conséquences causés par des contacts sexuels non souhaités. Notre Cour a constamment affirmé que c’est la nature *non souhaitée* des contacts sexuels non consensuels qui viole l’intégrité sexuelle du plaignant et qui entraîne la culpabilité en droit criminel, pas seulement le risque de préjudice additionnel que peuvent engendrer les contacts sexuels. Exiger l’analyse des risques ou conséquences de tout contact sexuel non consensuel si l’existence d’une tromperie est découverte après coup ajoute

of personal autonomy and physical integrity sought to be protected by making sexual assault an offence.

[92] Regardless of whether deception occurred in a given case, the analysis under s. 273.1(1) must link consent to the specific sexual activity which occurred, including *how* the sexual touching was physically carried out. In other words, did the complainant consent to *where* she was touched and *by what*? We therefore think the following two-part test for analyzing consent under the *actus reus* of sexual assault flows inevitably from *Ewanchuk*:

Under s. 273.1(1), has the complainant consented to the identity of her sexual partner, the sexual nature of the touching, and the manner in which the sexual touching was carried out?

If so, are there any circumstances that vitiate the complainant's consent under s. 265(3)?

[93] This approach does not, as our colleagues suggest, “do most of the work that the fraud provision was intended to do”. What it *does* do, is give meaning to the word “consent”. Indeed, as our colleagues themselves point out, there are many situations in which a person's deception does not change the manner in which the sexual activity is actually carried out. Section 265(3)(c) may well apply to those deceptions that do not fall under s. 273.1(1), either because the deception does not go to the manner in which a person is touched, does not involve the identity of one's partner, or does not pertain to the sexual nature of the touching. If there was no consent *ab initio* to the sexual activity, however, it is pointless to inquire under s. 265(3)(c) whether consent was vitiated by fraud. The two inquiries are conceptually distinct and must remain

une barrière supplémentaire à la simple capacité de démontrer s'il y a eu ou non consentement à l'activité *au moment où elle s'est déroulée*. Par conséquent, cette exigence porte atteinte aux valeurs d'autonomie personnelle et d'intégrité physique que le législateur cherchait à protéger en créant l'infraction d'agression sexuelle.

[92] Qu'il y ait eu tromperie ou non dans une affaire donnée, l'analyse requise pour l'application du par. 273.1(1) doit rattacher le consentement à l'activité sexuelle spécifique qui s'est déroulée, y compris la *façon* dont les contacts sexuels se sont déroulés physiquement. Autrement dit, la plaignante a-t-elle consenti à être touchée *où* elle l'a été et à *ce avec quoi* elle l'a été? Par conséquent, nous estimons que le recours à l'analyse en deux étapes décrite ci-après, qui permet de statuer sur le consentement à l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle, découle inévitablement de l'arrêt *Ewanchuk* :

La plaignante a-t-elle consenti, suivant le par. 273.1(1), à l'identité de son partenaire sexuel, à la nature sexuelle des contacts et à la manière dont les contacts sexuels se sont déroulés?

Dans l'affirmative, des circonstances prévues au par. 265(3) ont-elles eu pour effet de vicier son consentement?

[93] Contrairement à ce que suggèrent nos collègues, cette approche n'a pas pour effet de « joue[r] [. . .] pour l'essentiel le rôle qu'est censée jouer la disposition relative à la fraude ». Ce qu'elle accomplit *effectivement*, c'est donner un sens au mot « consentement ». D'ailleurs, comme le soulignent eux-mêmes nos collègues, il existe de nombreuses situations où une tromperie n'a aucune incidence sur la façon dont l'activité sexuelle se déroule dans les faits. L'alinéa 265(3)c) peut fort bien s'appliquer à des tromperies qui ne relèvent pas du champ d'application du par. 273.1(1) — soit parce que la tromperie ne porte pas sur la manière dont la personne est touchée, soit parce qu'elle n'implique pas l'identité du partenaire, soit encore parce qu'elle ne concerne pas la nature sexuelle du contact. Toutefois, s'il n'y a pas eu dès le départ

so. One goes to the *manner* in which the sexual touching is carried out, the other to the *consequences* of the sexual touching. The fact that the violation of someone's consent results in a deprivation does not change the fact that there was no consent to begin with.

[94] In our view, both *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, and *R. v. Mabior*, [2012] 2 S.C.R. 584, are examples of cases that were properly decided under s. 265(3)(c). In those cases, this Court set out the applicable approach to sexual assault cases under s. 265(3)(c) involving non-disclosure or deception as to the existence of a disease. The complainants had consented to the manner in which the sexual activity had been carried out, the identity of their sexual partner, and the sexual nature of that touching. The complainants had consented to sex with and, in some cases, without condoms, and the sexual intercourse took place in accordance with that agreement. The significant issue before the Court was whether the complainants' consent had been vitiated by fraud because the accused had not disclosed that he was HIV-positive (*Cuerrier*, at para. 77; *Mabior*, at para. 106).<sup>1</sup> As the risk of HIV transmission is a consequence of sexual activity, and the complainants had consented to the manner in which the sexual activity occurred, these cases were properly decided within the realm of s. 265(3)(c). There are, moreover, important policy considerations that justify deciding HIV non-disclosure cases under s. 265(3)(c). Requiring a "significant risk of serious bodily harm" in HIV non-disclosure cases ensures that the criminal law does not further stigmatize and criminalize an already vulnerable group.

<sup>1</sup> Additionally, the accused in *Cuerrier* was charged with *aggravated* assault under s. 268 of the *Criminal Code*; accordingly, the definition of consent set out in s. 273.1(1) for *sexual* assault offences was not at issue.

consentement à l'activité sexuelle, il est inutile de se demander si le consentement a été vicié par une fraude visée à l'al. 265(3)c). Les deux analyses sont conceptuellement distinctes et elles doivent le rester. L'une porte sur la *manière* dont les contacts sexuels se déroulent, l'autre sur leurs *conséquences*. Le fait que la violation du consentement entraîne une privation ne change rien au fait que, dès le départ, il n'y a pas eu consentement.

[94] À notre avis, tant l'arrêt *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, que l'arrêt *R. c. Mabior*, [2012] 2 R.C.S. 584, sont des décisions qui ont à juste titre été décidées sur le fondement de l'al. 265(3)c). Dans ces arrêts, la Cour a énoncé l'approche applicable dans les affaires d'agression sexuelle fondées sur cette disposition et où on invoque la non-divulgence de l'existence d'une maladie ou une tromperie à cet égard. Dans les deux cas, les plaignantes avaient consenti à la manière dont l'activité sexuelle s'était déroulée, ainsi qu'à l'identité de leur partenaire sexuel et à la nature sexuelle de ces contacts. Elles avaient consenti à des rapports sexuels avec condom et, dans certains cas, sans condom, et les rapports sexuels s'étaient déroulés conformément à cet accord. La question importante dont était saisie notre Cour était celle de savoir si le consentement des plaignantes avait été vicié par la fraude, du fait que les accusés n'avaient pas révélé qu'ils étaient séropositifs (*Cuerrier*, par. 77; *Mabior*, par. 106)<sup>1</sup>. Étant donné que la transmission du VIH est un risque découlant des activités sexuelles, et que les plaignantes avaient consenti à la façon dont l'activité sexuelle s'était déroulée, les arrêts en question ont à juste titre été décidés en application de l'al. 265(3)c). Qui plus est, il existe d'importantes considérations d'intérêt général justifiant que les affaires de non-divulgence de la séropositivité soient tranchées en vertu de cette disposition. Par exemple, le fait de requérir dans de tels cas l'existence d'un « risque important de lésions corporelles graves » permet d'éviter que le droit criminel stigmatise et criminalise davantage un groupe déjà vulnérable.

<sup>1</sup> En outre, comme dans *Cuerrier* l'accusé avait été inculpé de *voies de fait graves* en vertu de l'art. 268 du *Code criminel*, la définition de « consentement » énoncée au par. 273.1(1) pour l'application des infractions d'agression *sexuelle* n'était donc pas en cause.

[95] This approach was never intended to replace the governing framework for analyzing consent in sexual assault cases set out in *Ewanchuk*. By further redefining the deprivation component of the fraud test affirmed in *Mabior* only two years ago, our colleagues leave open the possibility that other “equally serious deprivations” could establish deprivation in future cases. This makes the deprivation component a moving target, and generates uncertainty in an already complex area.

[96] While the starting point for the analysis is s. 273.1(1), unlike our colleagues, we see no legal danger or uncertainty in recognizing that in a given case, lack of consent could theoretically have been established under either provision. What *is* fraught, however, is redefining the concept of consent in a way that significantly limits the protective scope of s. 273.1(1) and erodes a person’s right, confirmed in *Ewanchuk*, to decide what sexual activity will take place.

[97] The heart of our disagreement with McLachlin C.J. and Cromwell J. turns on whether the use of a condom is included in the manner in which the sexual activity is carried out. According to our colleagues, the use of a condom during sexual intercourse does not change the “*specific physical sex act*” which occurs, but rather is merely a “collateral conditio[n]” to the sexual activity. In their view, so long as there is consent to “sexual intercourse”, this general consent is not vitiated by a deception about condom use unless it exposes the individual to a deprivation within the meaning of s. 265(3)(c), which they conclude in this case means depriving a woman of the choice to become pregnant by “making her pregnant, or exposing her to an increased risk of becoming pregnant”.

[98] With respect, it does not follow that because a condom is a form of birth control, it is not also

[95] Cette approche n’a jamais été censée remplacer le cadre d’analyse énoncé dans *Ewanchuk* applicable au consentement dans les causes d’agression sexuelle. En redéfinissant encore l’élément relatif à la privation du test servant à établir s’il y a eu fraude confirmé dans *Mabior* il y a tout juste deux ans, nos collègues ouvrent la possibilité que d’autres « privations aussi graves » permettent d’établir l’existence de privation dans des causes futures. L’élément relatif à la privation devient alors une cible mobile et génère de l’incertitude dans un domaine déjà complexe.

[96] Bien que le par. 273.1(1) constitue le point de départ de l’analyse, contrairement à nos collègues, nous estimons que le fait de reconnaître qu’il aurait théoriquement été possible, dans une affaire donnée, d’établir l’absence de consentement suivant l’une ou l’autre disposition ne soulève pas de danger ou d’incertitude sur le plan juridique. En revanche, ce qui *est* dangereux et incertain, c’est le fait de redéfinir la notion de consentement d’une manière qui limite de manière appréciable la protection du par. 273.1(1) et qui érode le droit d’une personne, confirmé dans *Ewanchuk*, de décider de l’activité sexuelle qui se déroulera.

[97] Le nœud de notre désaccord avec la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell porte sur la question de savoir si l’utilisation d’un condom fait partie de la façon dont se déroule l’activité sexuelle. De l’avis de nos collègues, l’utilisation d’un condom au cours de rapports sexuels ne change pas l’« acte sexuel physique *spécifique* » qui se déroule, mais constitue plutôt simplement une « conditio[n] accessoir[e] » de l’activité sexuelle. Selon eux, pour autant qu’il y a consentement à des « rapports sexuels », ce consentement général n’est pas vicié par une tromperie au sujet de l’utilisation d’un condom, à moins que cette tromperie n’expose la personne à une privation visée par l’al. 265(3)c), privation qui, concluent-ils, consiste en l’espèce dans le fait d’avoir privé une femme de la faculté de choisir de tomber enceinte ou non « soit en la rendant enceinte, soit en l’exposant à un risque accru de grossesse ».

[98] Avec égards pour l’opinion exprimée par nos collègues, le fait qu’un condom constitue un

part of the sexual activity. Removing the use of a condom from the ambit of what is consented to in the sexual activity because in some cases it may be used for contraceptive purposes, means that an individual is precluded from requiring a condom during intercourse where pregnancy is *not* at issue. That is, individuals who engage in sexual activity that has no risk of pregnancy, either because of age, fertility, or gender, for example, would have no legal right to insist upon the use of a condom. If one of those individuals has insisted upon the use of a condom, and their partner has *deliberately* and *knowingly* ignored those wishes — whether by not using a condom at all, removing it partway through the sexual activity, or sabotaging it — that individual will nonetheless be presumed to have consented under the approach suggested by our colleagues. In other words, because the person could not become pregnant, the criminal law will not uphold his or her right to sexual autonomy and physical integrity. With respect, even aside from the problematic analogy between pregnancy and bodily harm, this result does not reflect the fact that everyone has a right to insist on a condom as part of the sexual activity — for whatever reason. All individuals must have an equal right to determine how they are touched, regardless of gender, sexual orientation, reproductive capacity, or the type of sexual activity they choose to engage in. We fail to see how condoms can be seen as anything but an aspect of how sexual touching occurs. When individuals agree to sexual activity with a condom, they are not merely agreeing to a sexual activity, they are agreeing to how it should take place. That is what s. 273.1(1) was intended to protect.

moyen de contraception ne signifie pas nécessairement qu'il ne fait pas également partie de l'activité sexuelle. Exclure le port du condom de ce qui est visé par le consentement à l'activité sexuelle parce qu'il peut dans certains cas être utilisé à des fins contraceptives signifie qu'une personne ne pourrait en exiger l'usage au cours de rapports sexuels lorsque la question de la grossesse *ne* se pose *pas*. En d'autres termes, les personnes qui se livrent à des activités sexuelles où le risque de grossesse est absent, en raison par exemple de leur âge, de leur infertilité ou de leur sexe, n'auraient pas légalement le droit d'insister sur l'usage d'un condom. Si une telle personne insistait pour que son partenaire utilise un condom, mais que celui-ci faisait fi *délibérément* et *sciemment* de ce désir — que ce soit en n'utilisant pas de condom du tout, en l'enlevant au cours de l'activité sexuelle ou encore en le sabotant — cette personne serait néanmoins présumée avoir donné son consentement selon l'interprétation préconisée par nos collègues. Autrement dit, parce que la personne ne risquait pas de tomber enceinte, le droit criminel ne ferait pas respecter son droit à l'autonomie sexuelle et à l'intégrité physique. En toute déférence, même si l'on faisait abstraction de l'analogie problématique établie entre la grossesse et les lésions corporelles, ce résultat ne tient pas compte du droit de chacun d'insister pour qu'un condom soit utilisé au cours d'une activité sexuelle, et ce, pour quelque raison que ce soit. Toute personne doit disposer d'un droit égal de décider de la manière dont elle est touchée, indépendamment de son sexe, de son orientation sexuelle, de sa capacité de reproduction ou de l'activité sexuelle à laquelle elle choisit de participer. Nous ne voyons pas comment le condom peut être considéré comme autre chose qu'un aspect de la façon dont se déroulent les contacts sexuels. La personne qui consent à une activité sexuelle avec condom ne donne pas seulement son accord à une activité sexuelle, elle convient également de la façon dont celle-ci doit se dérouler. C'est ce que le par. 273.1(1) visait à protéger.

[99] It is worth remembering that three decades ago, this Court overturned a decision of the New Brunswick Court of Appeal, *R. v. Chase* (1984), 55 N.B.R. (2d) 97, that touching a woman's breast was an assault, but not a sexual one. The Court of

[99] Il convient de rappeler que, il y a près de 30 ans, notre Cour a infirmé un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, *R. c. Chase* (1984), 55 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 97, dans lequel il avait été jugé que le fait de toucher les seins d'une femme constituait

Appeal concluded that a breast was only a “secondary” sexual characteristic and that “sexual” should be given “its natural meaning as limited to the sexual organs or genitalia”. A man who had grabbed a woman’s breasts had therefore committed an assault, but not a *sexual* assault, since

the contact was not with the sexual organs of the victim but to the mammary gland, a secondary sexual characteristic.

... to include as sexual an assault to the parts of a person’s body considered as having secondary sexual characteristics may lead to absurd results if one considers a man’s beard. Nor am I prepared to include those parts of the human body considered erogenous zones lest a person be liable to conviction for stealing a goodnight kiss. . . . It seems to me that the word “sexual” as used in the section ought to be given its natural meaning as limited to the sexual organs or genitalia. [paras. 13-14]

In this Court, McIntyre J., had “no difficulty” overturning the Court of Appeal’s decision, concluding instead that a sexual assault had been committed by the accused ([1987] 2 S.C.R. 293, at p. 303).

[100] To say that condom use is not part of the sexual activity in question under s. 273.1(1) but rather a collateral condition, is reminiscent of the artificially narrow approach to the word “sexual” taken by the Court of Appeal in *Chase* and rejected by this Court. We must similarly take care not to adopt an interpretation of “sexual activity in question” that unreasonably or arbitrarily excludes certain forms of touching from the meaning of s. 273.1(1). By any definition, when someone uses a condom, it is part of the sexual activity. It is therefore part of what is — or is not — consented to. And if what is consented to is sexual activity with a condom, the condom is expected to be intact. If it is not intact *because of its deliberate sabotaging*, the activity that has been agreed to has been unilaterally changed by the saboteur.

des voies de fait, mais non une agression sexuelle. La Cour d’appel avait conclu que le sein ne possède qu’un caractère sexuel « secondaire » et que le mot « sexuelle » devrait être interprété dans « son sens naturel et limité aux organes sexuels ou génitaux ». Un homme qui avait agrippé les seins d’une femme avait en conséquence commis des voies de fait, mais non une agression *sexuelle*, car

il n’y a pas eu contact avec les organes sexuels de la victime, mais avec la glande mammaire, qui est un caractère sexuel secondaire.

... inclure dans les agressions sexuelles une attaque portant sur les parties du corps considérées comme caractères sexuels secondaires peut avoir des conséquences absurdes si l’on pense à la barbe de l’homme. Je ne suis pas disposé non plus à inclure les parties du corps humain considérées comme zones érogènes, de crainte qu’on puisse être déclaré coupable pour avoir dérobé un baiser en disant bonsoir. [. . .] Il me semble que, dans cet article, le mot « sexuelle » devrait être interprété dans son sens naturel et limité aux organes sexuels ou génitaux. [par. 13-14]

Le juge McIntyre de notre Cour n’a éprouvé « aucune difficulté » à infirmer la décision de la Cour d’appel, concluant plutôt que l’accusé avait commis une agression sexuelle ([1987] 2 R.C.S. 293, p. 303).

[100] Affirmer que l’utilisation d’un condom ne fait pas partie de l’activité sexuelle visée au par. 273.1(1) mais constitue plutôt une condition accessoire de celle-ci rappelle l’interprétation artificiellement étroite qu’avait donnée la Cour d’appel au mot « sexuelle » dans *Chase*, interprétation que notre Cour avait par la suite rejetée. De même, nous devons nous garder d’adopter une interprétation de l’expression « l’activité sexuelle » qui exclurait de manière déraisonnable ou arbitraire certains types de contacts du sens de cette expression au par. 273.1(1). Quelle que soit la définition retenue, l’utilisation d’un condom fait partie de l’activité sexuelle. Elle fait donc partie de ce à quoi le plaignant a — ou n’a pas — consenti. Et si ce à quoi il a consenti est une activité sexuelle avec condom, on s’attend à ce que celui-ci soit intact. S’il ne l’est pas *parce qu’il a été saboté délibérément*, l’activité à l’égard de laquelle l’accord avait été donné a été unilatéralement modifiée par le saboteur.

[101] What took place here was sexual intercourse with a sabotaged condom, a sexual activity to which the complainant did *not* consent. The fact that she only learned of the deliberate sabotaging *after* the sexual activity took place, is of no relevance. What is relevant is what sexual activity she agreed to engage in with Mr. Hutchinson and whether he stuck to the bargain. He did not. Since the complainant did not agree at any time to how she was touched, consent within the meaning of s. 273.1(1) did not exist.

[102] Nor can we see why requiring the consistent approach to consent in sexual assault set out in *Ewanchuk* — and never abandoned by this Court — can now be said to lead to “over-criminalization”. Sexual assault is a crime. What s. 273.1(1) does is explain, clearly and simply, that the *actus reus* of sexual assault is made out when someone does not agree to the manner of the sexual touching, that is, when an individual engages in sexual touching in a way that is contrary to the complainant’s wishes, thereby violating his or her bodily integrity. This on its own, however, is half the story. The *mens rea* for the offence of sexual assault captures those who *knowingly* touch the complainant in a way that he or she has not agreed to, thereby disregarding the complainant’s right to determine how he or she is sexually touched. While the criminal law must remain sensitive to concerns about over-criminalization, those concerns should not be used to generally undermine the hard-fought legislative protection for someone’s right to determine how he or she is sexually touched. It is also worth remembering the Chief Justice’s comments in *J.A.* — with the Court’s unanimous agreement on this point — where she observed that “even mild non-consensual touching of a sexual nature can have profound implications for the complainant” (paras. 63 and 121).

[103] The complainant in this case agreed to engage in sexual activity in a certain manner,

[101] Ce qui s’est déroulé en l’espèce ce sont des rapports sexuels avec un condom saboté, une activité sexuelle à laquelle la plaignante n’avait *pas* consenti. Le fait qu’elle n’ait appris le sabotage délibéré du condom qu’*après* l’activité sexuelle n’a aucune pertinence. Ce qui est pertinent, c’est l’activité sexuelle à laquelle elle avait accepté de se livrer avec M. Hutchinson et si celui-ci a respecté l’accord à cet égard. Il ne l’a pas fait. Comme la plaignante n’a à aucun moment donné son accord à la façon dont elle a été touchée, il n’y a pas eu consentement au sens du par. 273.1(1).

[102] Nous ne voyons pas non plus pourquoi le fait d’imposer, à l’égard de la question du consentement en matière d’agression sexuelle, l’approche cohérente qui a été formulée dans *Ewanchuk* — et n’a jamais été abandonnée par notre Cour — peut maintenant être considéré comme ayant pour effet d’entraîner une « surcriminalisation ». L’agression sexuelle est un crime. Le paragraphe 273.1(1) explique, de façon claire et simple, que l’*actus reus* de l’agression sexuelle est établi lorsque le plaignant n’a pas donné son accord à la manière dont se sont déroulés les contacts sexuels, c’est-à-dire lorsqu’un individu l’a touché sexuellement d’une façon contraire à ses désirs et a ainsi porté atteinte à son intégrité physique. Mais ce n’est pas tout. La *mens rea* de l’infraction d’agression sexuelle vise les personnes qui touchent *sciemment* le plaignant d’une manière à laquelle ce dernier n’a pas consenti, faisant de ce fait abstraction du droit du plaignant de décider de la façon dont il est touché sexuellement. Bien que le droit criminel doive rester sensible aux préoccupations concernant la surcriminalisation, il ne faut pas invoquer ces préoccupations pour affaiblir de manière générale la protection législative — durement acquise — du droit reconnu aux individus de décider de la façon dont ils sont touchés sexuellement. Il convient en outre de rappeler les observations suivantes qu’a formulées la Juge en chef dans *J.A.* — avec l’appui unanime de la Cour sur ce point — : « . . . même des attouchements légers non consensuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant » (par. 63 et 121).

[103] En l’espèce, la plaignante a consenti à participer d’une certaine manière à une activité

that is, sexual intercourse with an intact condom. Mr. Hutchinson deliberately sabotaged the condom without her knowledge or agreement. It trivializes the seriousness of the violation of the complainant's integrity that occurred to analogize a sabotaged condom, as our colleagues have done, to its brand or expiration date. Because of the deliberate deceit of her partner, the sexual activity was not carried out in the manner that the complainant had agreed to. Put simply, the complainant did not consent to how she was touched, and thus she did not voluntarily agree to the sexual activity in question under s. 273.1 of the *Code*.

[104] We would therefore dismiss the appeal.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Burke Thompson, Halifax.*

*Solicitor for the respondent: Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Solicitors for the interveners: Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*

sexuelle, à savoir des rapports sexuels avec un condom intact. Monsieur Hutchinson a délibérément saboté le condom sans que la plaignante le sache ou y consente. Établir, comme l'ont fait nos collègues, une analogie entre un condom saboté et la marque du condom ou sa date de péremption a pour effet de banaliser la gravité de l'atteinte à l'intégrité physique de la plaignante. Comme la plaignante a été trompée délibérément par son partenaire, l'activité sexuelle ne s'est pas déroulée de la manière à laquelle elle avait consenti. En termes simples, la plaignante n'a pas consenti à la façon dont elle a été touchée et, pour cette raison, elle n'a pas donné volontairement son accord à l'activité sexuelle aux termes de l'art. 273.1 du *Code*.

[104] Par conséquent, nous rejeterions le pourvoi.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Burke Thompson, Halifax.*

*Procureur de l'intimée : Public Prosecution Service of Nova Scotia, Halifax.*

*Procureurs des intervenants : Cooper, Sandler, Shime & Bergman, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.*