

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* Hutchinson, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346 | **Date :** 20140307**Dossier :** 35176 |

**Entre :**

**Craig Jaret Hutchinson**

Appelant

et

**Sa Majesté la Reine**

Intimée

- et -

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

Intervenants

**Traduction française officielle**

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

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**(par. 1 à 75)**Motifs concordants quant au résultat :**(par. 76 à 104) | La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell (avec l’accord des juges Rothstein et Wagner)Les juges Abella et Moldaver (avec l’accord de la juge Karakatsanis) |

R. *c.* Hutchinson, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346

Craig Jaret Hutchinson Appelant

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

No 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 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 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, d’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 pas eu consentement en raison d’une fraude visée à l’al. 265(3)*c*).

 *Les* juges Abella, Moldaver et Karakatsanis : Essentiellement, la présente espèce concerne le droit, reconnu dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, de décider de 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 souhaitéedes 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 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 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. (2e) 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. 259*b*), 266.

*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, projet de loi C‑49, 3e sess., 34e 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, 3esess., 34e 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.

 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 —

1. Introduction
2. 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.
3. 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 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).
4. 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?
5. 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*)).
6. 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. 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*.
7. 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.
8. Les dispositions du *Code criminel*
9. 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.

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

1. 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.

1. 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.

1. 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.

1. 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.
2. La question en litige
3. 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 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*?
4. Pour répondre à cette question, la Cour doit dégager le sens de l’expression « l’activité sexuelle » au par. 273.1(1).
5. 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* (5e 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.
6. Analyse
	1. L’autonomie sexuelle et le droit criminel : un aperçu
7. 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 pas 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 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.
8. 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.
9. 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.
	1. L’interprétation des dispositions applicables : deux approches
10. 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.
11. Dans le cadre de la première approche, dont il existe de nombreuses variantes, 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 [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.
12. 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*).
13. 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. Le libellé, l’économie et l’objet de la loi, et le régime établi par les dispositions en cause
14. 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.
15. 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 ».
16. 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.
17. 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.
18. 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 ».
	* 1. La jurisprudence
19. 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 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.
20. 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. 259*b*) 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.
21. 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).
22. 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*.
23. 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.
24. 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.]

1. 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.
2. 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.]

1. 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*).
2. Une approche comportant la question de savoir si la tromperie portait sur une « caractéristique 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.
3. 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).
4. 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 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*.
5. 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.
	* 1. Objectifs sous‑jacents du droit criminel : la modération et la certitude
6. Dans sa jurisprudence, notre Cour n’a eu de cesse de réaffirmer que, lorsque les tribunaux sont appelés à interpréter des dispositions du 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 surcriminalisation. 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‑divulgation 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.
7. 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.
8. 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 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.
9. 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.
10. 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.
11. 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.
12. 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 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.
13. 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.
14. 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*.
15. 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 vicient 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 : R. M. Perkins et R. N. Boyce, *Criminal Law* (3e 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.
16. 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.
17. 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 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.
	1. La bonne approche à adopter
18. 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.
19. 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 ministère 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.
20. 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*.
21. 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 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*.
22. 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.
23. 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.
24. 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] « [l]’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).
25. 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.]

1. 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]

1. 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 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.)
2. Application aux faits de l’espèce
3. 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.
4. 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*.
5. 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*.
6. Comme nous l’avons vu, la « fraude » en matière de consentement comporte deux éléments : (1) une malhonnêteté, qui peut consister en la non‑divulgation 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?
7. 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 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.
8. 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*).
9. 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*).
10. 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*).
11. 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 ressente de la tristesse ou du stress parce qu’on lui a menti ne suffiront pas.
12. 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*.
13. 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.
14. Dispositif
15. Nous sommes d’avis de rejeter le pourvoi.

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

1. 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 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.
2. 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*.
3. 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*).
4. 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

1. 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.

1. 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.
2. 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.]

1. 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 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.
2. 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, 3e sess., 34e 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)

1. 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).
2. 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.
3. 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 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)).
4. 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.
5. 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.
6. 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.
7. 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 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.
8. 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?

1. 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 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.
2. 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‑divulgation 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)[[1]](#footnote-1). 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‑divulgation 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.
3. 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.
4. 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.
5. 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 ».
6. Avec égards pour l’opinion exprimée par nos collègues, le fait qu’un condom constitue un 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.
7. 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. (2e) 97, dans lequel il avait été jugé que le fait de toucher les seins d’une femme constituait 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).

1. 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.
2. 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).
3. 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).
4. En l’espèce, la plaignante a consenti à participer d’une certaine manière à une activité 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*.
5. Par conséquent, nous rejetterions 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.

1. 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. [↑](#footnote-ref-1)