



**COUR SUPRÊME DU CANADA**

**RÉFÉRENCE** : R. c. Kirkpatrick,  
2022 CSC 33

**APPEL ENTENDU** : 3 novembre  
2021

**JUGEMENT RENDU** : 29 juillet  
2022

**DOSSIER** : 39287

**ENTRE** :

**Ross McKenzie Kirkpatrick**  
Appelant

et

**Sa Majesté la Reine**  
Intimée

- et -

**Procureur général de l'Ontario, procureur général de l'Alberta, HIV &  
AIDS Legal Clinic Ontario, Réseau juridique VIH, Barbra Schlifer  
Commemorative Clinic, West Coast Legal Education and Action Fund  
Association, Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes et  
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**  
Intervenants

**TRADUCTION FRANÇAISE OFFICIELLE**

**CORAM** : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté,  
Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal

**MOTIFS DE  
JUGEMENT :**  
(par. 1 à 108)

La juge Martin (avec l'accord des juges Moldaver,  
Karakatsanis, Kasirer et Jamal)

**MOTIFS  
CONJOINTS  
CONCORDANTS :**  
(par. 109 à 310)

Les juges Côté, Brown et Rowe (avec l'accord du juge en  
chef Wagner)

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

---

**Ross McKenzie Kirkpatrick**

*Appelant*

*c.*

**Sa Majesté la Reine**

*Intimée*

et

**Procureur général de l'Ontario,  
procureur général de l'Alberta,  
HIV & AIDS Legal Clinic Ontario,  
Réseau juridique VIH,  
Barbra Schlifer Commemorative Clinic,  
West Coast Legal Education and Action Fund Association,  
Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes et  
Criminal Lawyers' Association (Ontario)**

*Intervenants*

**Répertoire : R. c. Kirkpatrick**

**2022 CSC 33**

N° du greffe : 39287.

2021 : 3 novembre; 2022 : 29 juillet.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe, Martin, Kasirer et Jamal.

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

*Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Consentement de la plaignante à des rapports sexuels à condition que l'accusé porte un condom — Réalisation par la plaignante après le rapport sexuel que l'accusé a omis de porter un condom — Y a-t-il absence de consentement volontaire de la plaignante à l'activité sexuelle du fait de l'omission par l'accusé de porter un condom lorsque le consentement de la plaignante était conditionnel à son utilisation? — Subsidiairement, une telle omission constitue-t-elle une fraude qui vicie le consentement de la plaignante? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 265(3)(c), 273.1(1).*

La plaignante a témoigné qu'elle et K s'étaient rencontrés en ligne et, ensuite, en personne pour déterminer s'ils voulaient avoir des relations sexuelles l'un avec l'autre. La plaignante a clairement fait savoir à K qu'elle donnerait son accord à des rapports sexuels avec lui seulement s'il portait un condom. En dépit de cela, durant leur deuxième rapport sexuel, K n'a pas porté de condom. Ce n'est qu'après que K a éjaculé en elle que la plaignante s'est rendu compte qu'il ne portait pas de condom. Sur le fondement de ces événements, K a été accusé d'agression sexuelle.

K a demandé le rejet de l'accusation en présentant une requête faisant valoir l'absence de preuve. Selon lui, la Couronne n'avait pas prouvé l'absence de consentement de la plaignante — un élément essentiel de l'*actus reus* de l'agression sexuelle — compte tenu de l'arrêt *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, de la Cour, qui prescrit une analyse en deux étapes pour décider s'il y a eu consentement. À la première étape, il s'agit de se demander si la personne plaignante a

consenti à se livrer à « l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*, qui est définie en fonction de l'acte sexuel spécifique en cause. Si la personne plaignante a consenti, ou si sa conduite soulève un doute raisonnable quant à son consentement, la seconde étape consiste à se demander s'il existe des circonstances, parmi celles énumérées au par. 265(3) ou à l'al. 273.1(2)c), y compris la fraude, qui vicie son consentement apparent. Pour conclure à la fraude visée par l'al. 265(3)c), il faut une preuve de malhonnêteté de la part de l'accusé, qui peut comprendre la non-divulgateion, ainsi qu'une privation sous la forme d'un risque important de lésions corporelles graves en raison de cette malhonnêteté. K a plaidé que l'accord de la plaignante aux rapports sexuels était suffisant pour établir le consentement à l'activité sexuelle, puisqu'elle avait consenti à tous les actes physiques auxquels les parties s'étaient livrées, et qu'il n'y avait aucune preuve que le consentement avait été vicié par la fraude.

Le juge du procès a accueilli la requête de K faisant valoir l'absence de preuve et a rejeté l'accusation d'agression sexuelle. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la Couronne à l'unanimité, annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès; cependant, les trois juges ont divergé d'opinion sur le raisonnement à adopter pour déterminer quelle disposition du *Code criminel* s'appliquait dans l'examen du consentement, à savoir le par. 273.1(1) ou l'al. 265(3)c). K interjette appel devant la Cour de l'annulation de son acquittement.

*Arrêt* : Le pourvoi est rejeté.

Les juges Moldaver, Karakatsanis, **Martin**, Kasirer et Jamal : L'utilisation du condom, lorsqu'elle est une condition du consentement de la personne plaignante, fait partie de « l'activité sexuelle » visée à l'art. 273.1 du *Code criminel*. Il s'agit de la seule interprétation qui permette une lecture harmonieuse du texte des dispositions pertinentes dans leur contexte global et qui soit conforme à l'objectif du Parlement de promouvoir l'autonomie sexuelle et la capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel. Rendre conditionnel l'accord à un contact sexuel à l'utilisation d'un condom va au cœur de l'activité physique spécifique en cause et de l'existence ou non du consentement subjectif, et il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la théorie de la fraude et à ses exigences juridiques rigoureuses. L'arrêt *Hutchinson* demeure contraignant à l'égard de ce qu'il a décidé — que les affaires intéressant le sabotage d'un condom et la tromperie devraient être analysées en application de la disposition relative à fraude, plutôt qu'en intégrant la question du condom à l'activité sexuelle —, mais il se distingue des situations comme celle en l'espèce où la personne accusée refuse de porter un condom et que le consentement de la personne plaignante était conditionnel à son utilisation. En l'espèce, la plaignante a affirmé durant son témoignage avoir dit à K que son consentement à une relation sexuelle était conditionnel à l'utilisation d'un condom et K n'en a pas utilisé. Il s'agissait d'une preuve d'absence de consentement subjectif de la plaignante à l'activité sexuelle — un élément de l'*actus reus* de l'agression sexuelle. Le juge du procès a donc eu tort d'accueillir la requête de K faisant valoir l'absence de preuve.

Le point de départ et la disposition principale pour juger de l'existence ou non du consentement à l'activité sexuelle en matière d'infractions d'agression sexuelle est l'art. 273.1. L'expression clé « activité sexuelle » utilisée au par. 273.1(1) existe dans la formule composée qui exige « l'accord volontaire [ . . . ] à l'activité sexuelle ». Il faut chercher l'intention du Parlement qui ressort du texte, du contexte et de l'objet des dispositions en matière d'agression sexuelle et l'interpréter conformément à la jurisprudence de la Cour sur le consentement et de façon harmonieuse avec toutes les parties de l'art. 273.1, ainsi qu'avec le régime législatif dans son ensemble. L'interprétation juridique donnée à l'expression « activité sexuelle » ne peut être étroitement délimitée ou fixée pour toutes les affaires — elle est liée au contexte et ne peut être appréciée dans l'abstrait; elle se rapporte à des comportements ou à des gestes particuliers et elle dépend des faits et des circonstances de l'espèce. Elle est définie par la preuve et les allégations de la personne plaignante et émerge d'une comparaison de ce qui s'est effectivement produit et de ce à quoi l'accord avait été donné, s'il en est.

En l'espèce, l'agression sexuelle spécifique alléguée, et l'activité sexuelle, est donc le rapport sexuel vaginal sans condom. Pour décider si l'accord de la plaignante à des rapports sexuels avec un condom signifie également qu'elle a donné son accord à des rapports sexuels sans condom, le point de départ est le principe de l'arrêt *Hutchinson* selon lequel « l'activité sexuelle » à laquelle la personne plaignante doit donner son accord est « l'acte sexuel physique spécifique ». L'accent doit donc être mis sur les actes sexuels spécifiques, définis par renvoi aux actes physiques en cause. Compte tenu de l'accent que met l'arrêt *Hutchinson* sur « l'acte sexuel physique

spécifique », l'utilisation du condom peut faire partie de « l'activité sexuelle » visée au par. 273.1(1) puisqu'un rapport sexuel sans condom est un acte physique fondamentalement et qualitativement différent d'un rapport sexuel avec un condom. La différence physique est qu'un rapport sexuel sans condom implique un contact direct peau contre peau, tandis que le rapport sexuel avec un condom consiste en un contact indirect. Logiquement et juridiquement, un contact sexuel direct est un acte physique différent d'un contact indirect; la question de savoir si un condom est exigé est fondamentale à l'acte physique.

Tous les principes d'interprétation législative commandent la conclusion selon laquelle un rapport sexuel avec un condom est une activité sexuelle différente d'un rapport sexuel sans condom aux fins de la détermination de « l'activité sexuelle » à laquelle il a été consenti. Il s'agit de la seule interprétation qui considère l'art. 273.1 dans son ensemble et d'une manière qui s'harmonise avec la jurisprudence de la Cour sur le consentement subjectif et affirmatif. En interprétant la définition du consentement énoncée par le Parlement à l'art. 273.1, les par. (1) et (2) doivent être lus ensemble, le par. (2) énumérant des situations dans lesquelles il n'y a aucun consentement en rapport avec les infractions d'agression sexuelle. Les alinéas 273.1(2)d) et e), en particulier, mettent en évidence en quoi les paroles et les gestes de la personne plaignante se rapportent directement à la question de savoir s'il y a eu consentement ou non à l'activité sexuelle. D'après le témoignage de la plaignante en l'espèce, elle a manifesté, par ses paroles et son comportement, une absence d'accord à un rapport sexuel sans condom. L'alinéa 273.1(2)d) confirme expressément que le

rejet manifeste d'une activité spécifique doit être respecté pour que le consentement ait un sens. L'utilisation d'un condom ne saurait être dépourvue de pertinence, secondaire ou accessoire, lorsque la personne plaignante a expressément rendu son consentement conditionnel à son utilisation. Reconnaître que l'utilisation du condom puisse faire partie de l'activité sexuelle affirme que tout individu a le droit de décider qui touche son corps et de quelle manière, constitue la seule façon de répondre à la nécessité que la personne plaignante ait donné son consentement affirmatif et subjectif à chaque acte sexuel, et ce, à chaque fois, et situe l'utilisation du condom au cœur de la définition du consentement, comme il se doit. On ne saurait faire abstraction du « non » de la personne plaignante à un rapport sexuel sans condom pour l'application tant du par. 273.1(1) que du par. 273.1(2), parce que, aujourd'hui, non veut dire non, et seul oui veut dire oui. En outre, l'accord volontaire aux rapports sexuels avec un condom ne suppose pas un consentement aux rapports sexuels sans condom, puisque le consentement ne peut se déduire des circonstances ou de la relation qu'entretenaient la personne accusée et la personne plaignante.

De plus, reconnaître que l'utilisation du condom puisse faire partie de l'activité sexuelle répond à l'objectif du Parlement de donner effet aux finalités d'égalité et d'affirmation de la dignité qui sous-tendent les interdictions d'agression sexuelle; elle est sensible au contexte et aux préjudices causés par le refus ou le retrait non consensuel du condom; et elle respecte le principe de la modération en droit criminel. Le refus ou le retrait non consensuel du condom est une forme de violence sexuelle qui engendre des préjudices physiques et psychologiques. La dynamique du

pouvoir sur laquelle il repose est exacerbée chez les femmes vulnérables ainsi que chez les personnes de diverses identités de genre et les travailleuses et travailleurs du sexe. Empêcher une personne de limiter son consentement à des circonstances où un condom est utilisé éroderait le droit de refuser ou de limiter le consentement à des actes sexuels spécifiques, ce qui laisserait le droit canadien gravement coupé de la réalité, et dysfonctionnel en ce qui concerne la protection qu'il accorde à l'autonomie sexuelle. Il n'y a aucune crainte au chapitre de l'imprécision ou de la certitude si l'utilisation du condom est considérée comme une partie de l'activité sexuelle. Le fait de se demander si un condom a été exigé et, dans l'affirmative, s'il a été utilisé, comporte la certitude nécessaire pour empêcher la criminalisation à outrance. Bien que la modération soit un principe important du droit criminel, elle ne saurait l'emporter sur l'impératif absolu du Parlement d'adopter des lois en matière d'agression sexuelle qui respectent les droits et les réalités des personnes qui font l'objet de cette violence.

Bien que la viciation du consentement par la fraude visée à l'al. 265(3)c) puisse toujours survenir dans d'autres affaires, elle ne s'applique pas lorsque l'utilisation du condom est une condition du consentement. Plutôt que de poser la question de savoir si la personne plaignante voulait subjectivement que les attouchements aient lieu, la fraude fait porter l'analyse sur la manière dont la personne accusée s'est comportée et pose la question de savoir si elle a tenté de tromper la personne plaignante quant à sa non-utilisation d'un condom, ou si elle a réussi à la tromper à cet égard. La nécessité de prouver la tromperie et une privation oriente mal l'enquête et crée des lacunes qui privent de nombreuses personnes de la protection de

la loi en lien avec l'agression sexuelle. Il ne conviendrait pas d'adopter une telle approche lorsque la personne plaignante n'a pas donné son accord à une relation sexuelle sans condom parce que : (1) exiger une preuve de privation ne prend pas en compte comment, en application du droit en matière de consentement, toute personne est capable de décider de consentir ou non en fonction de motifs qui sont significatifs pour elle; (2) les préjudices engendrés par le refus ou le retrait non consensuel du condom ne se limitent pas au risque important de lésions corporelles graves et englobent bien plus que le risque de grossesse ou d'ITS; (3) l'exigence relative aux préjudices pour établir la fraude signifie que certaines personnes et certains types de relations sexuelles ne bénéficieraient pas de la protection de la loi; (4) faire la preuve d'un risque important de lésions corporelles graves supposerait vraisemblablement une appréciation condescendante de la question de savoir si les préjudices que la personne plaignante a subis étaient assez importants pour vicier un consentement qui, dans son esprit, n'a jamais été donné.

L'arrêt *Hutchinson* ne régit pas une cause comme la présente affaire où le consentement repose sur l'utilisation d'un condom et qu'aucun condom n'a été utilisé, et il y a donc lieu d'établir une distinction. L'arrêt *Hutchinson* a simplement statué que les affaires intéressant le sabotage d'un condom et la tromperie devraient être analysées en application de la disposition relative à la fraude, plutôt qu'en intégrant la question du port du condom à l'activité sexuelle visée à l'art. 273.1. L'arrêt *Hutchinson* visait principalement à circonscrire la tromperie en droit criminel et n'a pas établi le principe général selon lequel toutes les affaires où un condom est en cause sont exclues du

champ d'application de l'art. 273.1 et ne peuvent être traitées que lorsque les conditions de fraude sont établies. La décision dans l'arrêt *Hutchinson* est limitée concernant l'efficacité du condom, son état saboté et la tromperie de l'accusé. Dans les affaires où un condom est en cause, l'arrêt *Hutchinson* s'applique lorsque la personne plaignante s'est aperçue après l'acte sexuel que l'accusé portait un condom sciemment saboté. Si la personne plaignante s'aperçoit pendant l'acte sexuel que le condom a été saboté, elle peut alors révoquer son consentement subjectif, l'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi, et il est inutile de procéder à l'analyse relative à la fraude.

*Le juge en chef Wagner et les juges Côté, Brown et Rowe* : Il y a accord avec les juges majoritaires que le pourvoi devrait être rejeté. Toutefois, il y a désaccord pour dire que l'arrêt *Hutchinson* peut être distingué. Cette décision s'applique parfaitement au présent dossier. Il y a été statué, catégoriquement, que l'utilisation du condom ne faisait pas partie de « l'activité sexuelle » visée au par. 273.1(1) du *Code criminel*. Lorsqu'une personne donne son accord à des rapports sexuels à la condition que son partenaire porte un condom, mais que cette condition n'a pas été respectée de quelque façon que ce soit, la seule voie menant à la responsabilité criminelle est celle de l'analyse relative à la fraude viciant le consentement en application de l'al. 265(3)c). Si l'on applique *Hutchinson* à l'espèce, il existe une certaine preuve que la plaignante a donné son consentement à l'activité sexuelle, mais un nouveau procès s'impose afin de décider si son consentement apparent a été vicié par la fraude.

Le présent dossier ne peut être distingué de l'affaire *Hutchinson*, pour plusieurs raisons. Premièrement, la *ratio* contraignante de tous les arrêts de la Cour, en tant que juridiction de dernière instance, est nécessairement plus large que ce que reconnaissent les juges majoritaires. Lorsque la question de droit concerne l'interprétation statutaire, la *ratio* du précédent contraignant en cause doit être interprétée au regard du rôle de la Cour : fournir une interprétation claire et applicable uniformément à la manière dont une disposition législative doit être comprise et mise en œuvre par les tribunaux d'instance inférieure à travers le pays. Deuxièmement, l'interprétation que proposent les juges majoritaires de *Hutchinson* est contredite par la simple lecture de l'arrêt, par les motifs des juges minoritaires dans cette affaire et par le traitement que lui ont réservé les tribunaux partout au pays. Troisièmement, la distinction que font les juges majoritaires entre *Hutchinson* et le présent dossier est à la fois incohérente et illogique. Distinguer *Hutchinson* en faisant une différence entre l'absence de condom et des condoms sabotés brouille la ligne de démarcation très nette de la criminalité établie dans cet arrêt. En faisant valoir que, dans *Hutchinson*, la majorité ne faisait référence qu'à l'utilisation d'un condom efficace, les juges majoritaires en l'espèce créent une incertitude inutile en droit criminel. Il découle de ce qui précède que la tentative des juges majoritaires de distinguer *Hutchinson* revient, dans les faits, à infirmer ce précédent. Dans *Hutchinson*, la Cour a établi de manière définitive que le sens de l'expression « l'activité sexuelle » au par. 273.1(1) exclut toute forme d'utilisation d'un condom, et pas seulement le sabotage d'un condom.

Comme il n'est pas possible de distinguer *Hutchinson*, cet arrêt doit être soit appliqué, soit infirmé. Pour évaluer la question de savoir si *Hutchinson* peut être renversé ou non, il faut examiner la jurisprudence de la Cour en matière de *stare decisis* horizontal et formuler un cadre d'analyse afin d'évaluer si la Cour peut infirmer un précédent. Suivant le principe fondamental du *stare decisis* — s'en tenir aux décisions antérieures et ne pas modifier ce qui a été tranché —, les juges doivent appliquer les précédents faisant autorité et trancher les affaires semblables de manière semblable. Il existe deux types de *stare decisis* : vertical et horizontal. Le *stare decisis* vertical exige des tribunaux d'instance inférieure qu'ils suivent les décisions des juridictions supérieures, à quelques exceptions près. Le *stare decisis* horizontal, qui lie les tribunaux de juridiction équivalente d'une manière semblable, s'applique différemment à chaque niveau de juridiction. Les décisions que rend la Cour en tant que juridiction de dernière instance nécessitent souvent l'élaboration de principes généraux pouvant unifier de vastes domaines du droit et fournir des lignes directrices utiles à la communauté juridique et au grand public. De telles lignes directrices sont mises en œuvre dans diverses circonstances et pour une période indéfinie. Un jour, ces cadres devront peut-être être réexaminés afin de s'assurer qu'ils demeurent applicables et adaptés aux réalités sociales. Le cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal applicable à la Cour doit ainsi tenir compte de son rôle institutionnel et de la manière dont ce rôle est lié à la raison d'être du *stare decisis*.

Premièrement, le *stare decisis* favorise la certitude et la stabilité juridiques, ce qui permet aux gens de planifier et gérer leurs affaires. Il a pour effet d'enlever le

caractère capricieux du droit et d'assurer la stabilité au sein d'une société. Deuxièmement, il favorise la primauté du droit, de sorte que les gens sont assujettis à des règles semblables. Troisièmement, le *stare decisis* favorise l'exercice légitime et efficace du pouvoir judiciaire. L'autorité de la chose jugée empêche que les affaires déjà tranchées ne soient rouvertes ultérieurement et le *stare decisis* permet d'éviter cela de façon systémique en empêchant la réouverture de principes de droit établis. Ces deux principes favorisent l'efficacité judiciaire. Le *stare decisis* maintient aussi la légitimité institutionnelle des tribunaux, laquelle repose sur la confiance du public que les juges tranchent les litiges en se fondant sur des principes, plutôt que leurs propres opinions. Le *stare decisis* est fondamental en ce qu'il exige que les juges donnent effet aux principes juridiques établis et ne s'en écartent que si un motif valable est démontré. Les critiques portant que le *stare decisis* est un principe intrinsèquement conservateur et que les tribunaux ne respectent celui-ci que lorsque le précédent contesté cadre avec leur préférence personnelle découlent de l'application incohérente du *stare decisis*. Ces deux critiques trouvent réponse par une application appropriée de ce principe.

Compte tenu de la disparité de la jurisprudence de la Cour en matière de *stare decisis* horizontal et vu l'importance du *stare decisis*, il est nécessaire d'établir un cadre d'analyse clair et cohérent : la Cour ne peut renverser l'un de ses propres précédents que si celui-ci (1) a été rendu *per incuriam* — c'est-à-dire par ignorance ou oubli de l'existence d'un précédent contraignant ou d'une loi pertinente —, (2) est inapplicable, ou (3) a vu son fondement érodé par un changement sociétal ou juridique important.

Pour faire infirmer un précédent au motif qu'il a été rendu *per incuriam*, une partie doit démontrer que la Cour n'a pas pris en considération un précédent contraignant ou une loi pertinente, et que cette omission a eu une incidence sur le jugement. Ce motif sera rarement invoqué pour infirmer une décision parce que la Cour bénéficie des observations des parties et des intervenants, dispose des décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure sur la question en litige et est dotée de processus internes rigoureux, et parce que la norme servant à établir qu'une décision a été rendue *per incuriam* est élevée.

Un précédent inapplicable est un précédent indûment complexe ou difficile à appliquer en pratique, et qui mine au moins un des objectifs que le *stare decisis* vise à atteindre (certitude juridique, primauté du droit, efficacité judiciaire). Les parties qui cherchent à infirmer un précédent pour ce motif doivent démontrer qu'il mine les objectifs du *stare decisis*. Il ne leur suffit pas d'affirmer simplement qu'un précédent a été appliqué de manière inégale et imprévisible, crée de l'incertitude ou est incohérent sur le plan théorique.

Lorsque des changements fondamentaux minent la logique d'un précédent, la Cour peut infirmer ce précédent érodé. Cela peut se produire de deux façons, soit par : (1) un changement sociétal (p. ex., un changement social, économique ou technologique dans la société canadienne), ou (2) un changement juridique, comme des modifications constitutionnelles, ou un changement juridique progressif, lorsqu'une jurisprudence subséquente atténue un précédent. En ce qui concerne le changement

sociétal, la Cour peut infirmer une de ses décisions quand des changements fondamentaux aux conditions sociétales minent la logique de la décision, parce que ces changements rendent les préoccupations qui sous-tendaient cette décision théoriques ou incompatibles avec les normes sociétales contemporaines. Ceux qui cherchent à infirmer un précédent sur la base d'un changement sociétal doivent démontrer un tel changement. Pour ce qui est du changement juridique, la nécessité de réexaminer les précédents qui entrent en conflit avec la Constitution est évidente, mais il est plus difficile de définir le moment où des décisions subséquentes ont suffisamment atténué un précédent pour justifier de le renverser. On retrouve dans la jurisprudence un thème commun : le précédent repose sur des principes ou donne effet à des objectifs incompatibles avec ceux qui sous-tendent les décisions subséquentes de la Cour.

Toutes les décisions rendues *per incuriam* devraient être infirmées. Cependant, la validité d'un précédent inapplicable ou érodé peut être confirmée si le fait d'infirmer la décision entraînerait des changements imprévisibles ou élargirait la responsabilité criminelle. On ne devrait plus faire valoir qu'il y a lieu d'infirmer un précédent parce qu'il (1) fait l'objet de critiques judiciaires ou doctrinales, (2) comporte des différences avec la jurisprudence étrangère, (3) est erroné aux yeux de certaines personnes, (4) est un précédent récent ou ancien, ou (5) a été rendu par une faible majorité. Ce cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal doit s'appliquer à tous les précédents de la Cour portant sur l'interprétation statutaire, la common law et le droit constitutionnel. Cependant, il existe certaines différences entre ces types de précédents. Pour que la Cour puisse réexaminer un précédent en se fondant

sur l'interprétation d'une loi, il faut démontrer que la Cour a mal interprété l'intention du législateur. Comme le sens d'une loi est fixé au moment de son édicition, les parties ne peuvent pas faire valoir qu'un changement social a modifié le sens d'une disposition particulière. Si l'écoulement du temps a rendu la loi incompatible avec la réalité sociale contemporaine, il appartient au législateur de remédier à ces lacunes.

Si l'on applique ce cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal, l'arrêt *Hutchinson* ne satisfait à aucun des critères applicables à l'infirmer d'un précédent. Premièrement, il n'a pas été rendu *per incuriam*, car il ne peut être démontré que la formation ayant rendu cette décision a fait abstraction d'un précédent contraignant, et encore moins qu'elle aurait tiré une conclusion différente si elle avait pris en considération une autorité dont elle n'aurait pas tenu compte. De plus, le fait de ne pas avoir tenu compte d'un précédent contraignant justifierait d'infirmer *Hutchinson*, mais pas d'interpréter sa *ratio* de façon si restreinte qu'il serait possible de distinguer cette affaire du présent dossier. Deuxièmement, *Hutchinson* n'est pas inapplicable. Cette décision, loin de créer de l'incertitude, avait pour raison d'être de fournir une règle de démarcation très nette pour interpréter « l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1). La règle énoncée dans *Hutchinson* soumet toutes les formes de tromperie liées à la contraception, y compris l'utilisation ou la non-utilisation du condom, à l'analyse relative à la fraude en application de l'al. 265(3)c). La jurisprudence postérieure à *Hutchinson* ne révèle aucune difficulté à appliquer cet arrêt. On peut dire tout au plus qu'une infime partie des juges d'appel sont tout simplement en désaccord avec *Hutchinson*. De même, les critiques doctrinales formulées à

l'encontre de *Hutchinson* suggèrent que cet arrêt est erroné, mais l'existence de critiques ne suffit pas à elle seule à justifier que l'on s'écarte d'un précédent. Troisièmement, *Hutchinson* n'a pas vu ses fondements érodés. Tout changement sociétal susceptible de s'être produit après le prononcé de *Hutchinson* ne peut pas modifier l'intention législative du Parlement telle qu'elle a été interprétée de manière définitive par la Cour dans cet arrêt. Le sens qui, suivant *Hutchinson*, est donné par la loi à l'expression « l'activité sexuelle » reflète l'intention du Parlement au moment de l'édiction. Si l'écoulement du temps a rendu cette disposition législative incompatible avec la réalité sociale contemporaine, il appartient au législateur d'examiner de façon plus approfondie toute lacune reprochée et d'y remédier. Enfin, la Couronne n'a évoqué aucun changement juridique qui pourrait justifier d'infirmer *Hutchinson* : on ne mentionne aucune évolution constitutionnelle ou jurisprudentielle postérieure à *Hutchinson* qui est susceptible d'atténuer sa valeur de précédent. La jurisprudence récente de la Cour en matière d'agression sexuelle n'entend pas écarter l'interprétation claire et catégorique qui a été établie dans *Hutchinson* selon laquelle l'utilisation du condom est exclue de « l'activité sexuelle » visée au par. 273.1(1).

Même si l'arrêt *Hutchinson* était inapplicable ou si ses fondements comme précédent étaient érodés, il existe au moins deux raisons impérieuses de confirmer sa validité. Premièrement, infirmer *Hutchinson* soulèverait des préoccupations quant à l'élargissement rétrospectif de la responsabilité criminelle. Deuxièmement, infirmer *Hutchinson* pourrait entraîner des conséquences imprévisibles. Le fait de réorienter soudainement le droit pour élargir la portée du consentement constituerait un

changement juridique majeur qui pourrait soulever de vastes questions de politique. *Hutchinson* régit donc le présent dossier, si bien que c'est l'analyse en deux étapes relative à la fraude viciant le consentement en application de l'al. 265(3)c) qui est en jeu, plutôt que celle relative au consentement en vertu du par. 273.1(1).

La première étape du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Hutchinson* est remplie: il y a une certaine preuve que la plaignante a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle. Cependant, à la deuxième étape, il y a aussi une certaine preuve que le consentement apparent de la plaignante a pu être vicié par la fraude. Suivant le seuil peu élevé applicable à une requête pour absence de preuve, il y avait au moins une certaine preuve de malhonnêteté par omission et de risque de privation en raison du risque de grossesse. Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu.

## **Jurisprudence**

Citée par la juge Martin

**Distinction d'avec l'arrêt :** *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346; **arrêts mentionnés :** *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584;

*R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Olotu*, 2017 CSC 11, [2017] 1 R.C.S. 168, conf. 2016 SKCA 84, 338 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Poirier*, 2014 ABCA 59; *R. c. Flaviano*, 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270, conf. 2013 ABCA 219, 309 C.C.C. (3d) 163; *1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670; *R. c. D.A.I.*, 2012 CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Lupi*, 2019 ONSC 3713; *R. c. Rivera*, 2019 ONSC 3918; *R. c. Kraft*, 2021 ONSC 1970; *R. c. Hutchinson*, 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1; *R. c. Hutchinson*, 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.

Citée par les juges Côté, Brown et Rowe

**Arrêt appliqué :** *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346;  
**arrêts examinés :** *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51,

[2017] 2 R.C.S. 317; *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022; *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Bowhey c. Theakston*, [1951] R.C.S. 679; *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584; **arrêts mentionnés** : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *R. c. R.P.*, 2012 CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Quinn c. Leathem*, [1901] A.C. 495; *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 264 C.C.C. (3d) 134; *Osborne c. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774; *Delta Acceptance Corporation Ltd. c. Redman* (1966), 55 D.L.R. (2d) 481; *TCF Ventures Corp. c. Cambie Malone's Corp.*, 2017 BCCA 129, 95 B.C.L.R. (5th) 346; *R. c. A.E.*, 2021 ABCA 172, 466 D.L.R. (4th) 226; *R. c. Brar*, 2021 ABCA 146, 23 Alta. L.R. (7th) 1; *R. c. P.D.C.*, 2021 ONCA 134, 401 C.C.C. (3d) 406; *R. c. Nauya*, 2021 NUCA 1; *R. c. G. (N.)*, 2020 ONCA 494, 152 O.R. (3d) 24; *R. c. Capewell*, 2020 BCCA 82, 386 C.C.C. (3d) 192; *R. c. Kwon*, 2020 SKCA 56, 386 C.C.C. (3d) 553; *R. c. Percy*, 2020 NSCA 11, 61 C.R. (7th) 7; *Charest c. R.*, 2019 QCCA 1401; *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237; *P. (P.)*

*c. D. (D.)*, 2017 ONCA 180, 409 D.L.R. (4th) 691; *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579; *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3; *R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692; *R. c. Ahmad*, 2020 CSC 11; *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19; *Beamish c. Beamish* (1861), 9 H.L.C. 274; *Stuart c. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234; *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Willers c. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2018] A.C. 843; *Queensland c. Commonwealth*, [1977] 139 C.L.R. 585; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590; *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19; *R. c. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44; *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161; *Tan c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 186, [2019] 2 R.C.F. 648; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 1628 c. Toronto Standard Condominium Corporation*, 2020 ONCA 612, 454 D.L.R. (4th) 126; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609; *R. c. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Fleming*, 2010 ONSC 8022; *R. c. Dunn* (1999), 28 C.R. (5th) 295; *R. c. Jensen*, [2000] O.J. No. 4870 (QL), 2000

CarswellOnt 6489 (WL); *R. c. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL); *R. c. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 195 C.C.C. (3d) 468; *Dickerson c. United States*, 530 U.S. 428 (2000); *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Police Authority for Huddersfield c. Watson*, [1947] 1 K.B. 842; *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267; *Walker c. Bank of Montreal*, 2017 SKCA 42, [2017] 12 W.W.R. 130; *Areva Resources Canada Inc. c. Saskatchewan (Minister of Energy and Resources)*, 2013 SKCA 79, 417 Sask. R. 182; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. Stilwell*, 2014 ONCA 563, 313 C.C.C. (3d) 257; *De Souza c. Cobden*, [1891] 1 Q.B. 687; *R. c. Suter*, 2018 CSC 34, [2018] 2 R.C.S. 496; *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623; *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Robertson and Rosetanni c. The Queen*, [1963] R.C.S. 651; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, 2000 CSC 34, [2000] 1 R.C.S. 842; *R. c.*

*Prokofiew*, 2012 CSC 49, [2012] 2 R.C.S. 639; *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402; *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *Pearson c. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009); *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Kimble c. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (2015); *R. c. Knuller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.*, [1973] A.C. 435; *R. c. Cunningham*, [1982] A.C. 566; *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659; *Ross c. The Queen* (1895), 25 R.C.S. 564; *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27; *Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828.

## Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11g), i), 15.

*Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 265(1)a), (3), 271, 273.1 [L.C. 2018, c. 29, art. 19(1), (2)], 273.2.

*Loi constitutionnelle de 1982*.

*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38, préambule, art. 1.

## Doctrines et autres documents cités

Ahmad, Marwa, et al. « “You Do It without Their Knowledge.” Assessing Knowledge and Perception of *Stealth* among College Students » (2020), 17:10 *Int. J. Environ. Res. Public Health* 3527 (en ligne : <https://www.mdpi.com/1660-4601/17/10/3527/htm>; version archivée : [https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33\\_1\\_eng.pdf](https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_1_eng.pdf)).

Arvay, Joseph J., Sheila M. Tucker and Alison M. Latimer. « *Stare Decisis* and Constitutional Supremacy : Will Our Charter Past Become an Obstacle to Our Charter Future? » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 61.

Ashley, Florence. « Nuancing Feminist Perspectives on the Voluntary Intoxication Defence » (2020), 43:5 *Man. L.J.* 65.

Benedet, Janine. « Judicial Misconduct in the Sexual Assault Trial » (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 1.

Bernstein, Elizabeth. « Militarized Humanitarianism Meets Carceral Feminism : The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Antitrafficking Campaigns » (2010), 36 *Signs* 45.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*, Toronto, Allen Lane, 2010.

*Black's Law Dictionary*, 11th ed., by Bryan A. Garner, St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2019, « *stare decisis et non quieta movere* ».

Boadle, Allira, Catherine Gierer and Simone Buzwell. « Young Women Subjected to Nonconsensual Condom Removal : Prevalence, Risk Factors, and Sexual Self-Perceptions » (2021), 27 *Violence Against Women* 1696.

- Brodsky, Alexandra. « “Rape-Adjacent” : Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal » (2017), 32 *Colum. J. Gender & L.* 183.
- Brown, Donald J. M., with the assistance of David Fairlie. *Civil Appeals*, Toronto, Thomson Reuters, 2022 (loose-leaf updated May 2022, release 2).
- Bumiller, Kristin. *In an Abusive State : How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence*, Durham (N.C.), Duke University Press, 2008.
- Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 8 avril 1992, p. 9505-9507.
- Capers, I. Bennett. « The Unintentional Rapist » (2010), 87 *Wash. L. Rev.* 1345.
- Craig, Elaine. « Personal *Stare Decisis*, HIV Non-Disclosure, and the Decision in *Mabior* » (2015), 53 *Alta. L. Rev.* 207.
- Czechowski, Konrad, et al. « *That’s not what was originally agreed to* » : Perceptions, outcomes, and legal contextualization of non-consensual condom removal in a Canadian sample, in PLoS ONE, 14(7), July 10, 2019 (en ligne : <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0219297>; version archivée : [https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33\\_2\\_eng.pdf](https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_2_eng.pdf)).
- Daly, Paul. « Introduction », in Paul Daly, ed., *Apex Courts and the Common Law*, Toronto, University of Toronto Press, 2019, 3.
- Douglas, William O. « *Stare Decisis* » (1949), 49 *Colum. L. Rev.* 735.
- Duxbury, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*, New York, Cambridge University Press, 2008.
- États-Unis. Congressional Research Service. « The Supreme Court’s Overruling of Constitutional Precedent », by Brandon J. Murrill, September 24, 2018.
- Gibbens, R. D. « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445.
- Gotell, Lise, and Isabel Grant. « Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson* » (2021), 44 *Dal. L.J.* 439.
- Gruber, Aya. « A “Neo-Feminist” Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform » (2012), 15 *J. Gender Race & Just.* 583.
- Gruber, Aya. « Rape, Feminism, and the War on Crime » (2009), 84 *Wash. L. Rev.* 581.
- Healy, Thomas. « *Stare Decisis* As A Constitutional Requirement » (2001), 104 *W. Va. L. Rev.* 43.

- Johnston, Meagan. « Sisterhood Will Get Ya : Anti-rape Activism and the Criminal Justice System », in Elizabeth A. Sheehy, ed., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women's Activism*, Ottawa, University of Ottawa Press, 2012, 267.
- Khan, Ummni. « Homosexuality and Prostitution : A Tale of Two Deviancies » (2020), 70 *U.T.L.J.* 283.
- Laskin, Bora. « The Role and Functions of Final Appellate Courts : The Supreme Court of Canada » (1975), 53 *R. du B. can.* 469.
- Latimer, Rosie L., et al. *Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia*, in PLoS ONE, 13(12), December 26, 2018 (en ligne : <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0209779>; version archivée : [https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33\\_3\\_eng.pdf](https://scc-csc.ca/cso-dce/2022SCC-CSC33_3_eng.pdf)).
- Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada*, 5th ed., Toronto, LexisNexis, 2018.
- Lévesque, Sylvie, and Catherine Rousseau. « Young Women's Acknowledgment of Reproductive Coercion : A Qualitative Analysis » (2021), 36 *J. of Interpers. Violence* NP8200 (en ligne : <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0886260519842169>).
- Martin, Dianne L. « Retribution Revisited : A Reconsideration of Feminist Criminal Law Reform Strategies » (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 151.
- McInnes, John, and Christine Boyle. « Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341.
- Millar, Hayli, and Tamara O'Doherty. « Racialized, Gendered, and Sensationalized : An examination of Canadian anti-trafficking laws, their enforcement, and their (re)presentation » (2020), 35 *R.C.D.S.* 23.
- Mykhalovskiy, Eric, and Glenn Betteridge. « Who? What? Where? When? And with What Consequences? An Analysis of Criminal Cases of HIV Non-disclosure in Canada » (2012), 27 *R.C.D.S.* 31.
- Parkes, Debra. « Precedent Revisited : *Carter v Canada (AG)* and the Contemporary Practice of Precedent » (2016), 10:1 *R.D. & santé McGill* S123.
- Parkes, Debra. « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135.
- Phillips, Dana. « Let's Talk About Sexual Assault : Survivor Stories and the Law in the Jian Ghomeshi Media Discourse » (2017), 54 *Osgoode Hall L.J.* 1133.

- Randall, Melanie. « Sexual Assault Law, Credibility, and “Ideal Victims” : Consent, Resistance, and Victim Blaming » (2010), 22 *R.F.D.* 397.
- Rowe, Malcolm, and Leanna Katz. « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1.
- Sharpe, Robert J. *Good Judgment : Making Judicial Decisions*, Toronto, University of Toronto Press, 2018.
- Stuart, Don. Annotation to *United States of America v. Sriskandarajah* (2013), 97 C.R. (6th) 268.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed., Toronto, Irwin Law, 2016.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Williams, Glanville, and A. T. H. Smith. *Glanville Williams : Learning the Law*, 17th ed., London, Sweet & Maxwell, 2020.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Saunders, Groberman et Bennett), 2020 *BCCA* 136, 388 C.C.C. (3d) 60, 63 C.R. (7th) 338, [2020] B.C.J. No. 791 (QL), 2020 CarswellBC 1201 (WL), qui a écarté l’acquittement prononcé par le juge Solomon, 2018 BCPC 415, [2018] B.C.J. No. 7258 (QL), 2018 CarswellBC 4109 (WL), et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

*Philip W. Cote*, pour l’appelant.

*John R. W. Caldwell* et *Janet A. M. Dickie*, pour l’intimée.

*Dena Bonnet* et *Rebecca De Filippis*, pour l’intervenant le procureur général de l’Ontario.

*Christine Rideout, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*Khalid Janmohamed, Robin Nobleman et Ryan Peck*, pour les intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et le Réseau juridique VIH.

*Joanna Birenbaum*, pour l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic.

*Jessica Lithwick et Kate Feeney*, pour l'intervenante West Coast Legal Education and Action Fund Association.

*Frances Mahon et Harkirat Khosa*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes.

*Mark C. Halfyard et Kate Robertson*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Version française du jugement des juges Moldaver, Karakatsanis, Martin, Kasirer et Jamal rendu par

LA JUGE MARTIN —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi soulève une importante question de droit relative au consentement et à l'utilisation du condom dans le contexte d'une allégation d'agression sexuelle. Quel cadre d'analyse faut-il appliquer lorsque la plaignante a donné son accord à des rapports sexuels vaginaux à la condition que l'accusé porte un condom, et que celui-ci choisit plutôt de ne pas en porter un? Toutes les parties et tous les membres de la Cour s'entendent pour dire que le refus de l'accusé de respecter les limites expresses que la plaignante avait fixées quant à la manière dont elle pouvait être touchée fait entrer en jeu le droit criminel. La question est celle de savoir si l'utilisation du condom fait partie de « l'activité sexuelle » à laquelle une personne peut donner son accord volontaire aux termes du par. 273.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46; ou, subsidiairement, de savoir si l'utilisation du condom est toujours dépourvue de pertinence quant à l'existence ou non du consentement au sens du par. 273.1(1), si bien qu'il y a consentement, mais que celui-ci peut être vicié s'il y a fraude visée à l'al. 265(3)c) du *Code criminel*.

[2] Je conclus que lorsque le consentement à des rapports sexuels est conditionnel à l'utilisation d'un condom, le seul cadre d'analyse conforme au texte, au contexte et à l'objet de l'interdiction de l'agression sexuelle est qu'il n'y a pas de consentement à l'acte physique qui consiste à avoir des rapports sexuels sans condom. Les relations sexuelles avec ou sans condom sont des formes fondamentalement et qualitativement distinctes de contact physique. Une personne plaignante qui consent à

une relation sexuelle à la condition que son partenaire porte un condom ne consent pas à une relation sexuelle sans condom. Cette approche respecte les dispositions du *Code criminel*, la jurisprudence constante de notre Cour sur le consentement et sur l'agression sexuelle, ainsi que l'intention du Parlement de protéger l'autonomie sexuelle et la dignité humaine de toutes les personnes au Canada. Puisque seul oui veut dire oui et que non veut dire non, « non, pas sans condom » ne peut vouloir dire « oui, sans condom ». Si le partenaire de la personne plaignante fait fi de sa condition, le rapport sexuel est non consensuel et l'autonomie sexuelle de la personne plaignante ainsi que sa capacité d'agir en toute égalité sur le plan sexuel ont été violées.

[3] En l'espèce, la plaignante a affirmé durant son témoignage avoir dit à l'appelant que son consentement à une relation sexuelle était conditionnel à l'utilisation d'un condom. Même si elle avait clairement établi où se situaient ses limites physiques, l'appelant a fait fi de ses volontés et n'a pas porté de condom. Ces propos constituent une preuve d'absence de consentement subjectif de la plaignante — un élément de l'*actus reus* de l'agression sexuelle. Le juge du procès a donc eu tort d'accueillir la requête de l'appelant faisant valoir l'absence de preuve. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique annulant l'acquittement et renvoyant l'affaire à la Cour provinciale de la Colombie-Britannique pour la tenue d'un nouveau procès.

## II. Contexte

[4] L'appelant, Ross McKenzie Kirkpatrick, a été accusé de l'agression sexuelle de la plaignante sur le fondement d'événements qui se sont produits en mars 2017. L'allégation de conduite criminelle n'a trait qu'au deuxième rapport sexuel vaginal qu'ont eu les parties durant lequel M. Kirkpatrick, de son propre aveu, a pénétré la plaignante et éjaculé en elle sans porter de condom.

[5] La plaignante est la seule personne à avoir témoigné au procès. Elle a affirmé qu'elle était âgée de 22 ans au moment du procès et qu'elle et M. Kirkpatrick s'étaient rencontrés en ligne. Après un échange de messages, elle a pensé que ce dernier pouvait être un possible partenaire sexuel et ils se sont rencontrés en personne pour déterminer s'ils voulaient avoir des relations sexuelles l'un avec l'autre. Au cours de cette rencontre, ils ont parlé d'eux, de leurs partenaires sexuels antérieurs et de leurs pratiques sexuelles du moment. La plaignante a clairement fait savoir à M. Kirkpatrick qu'elle ne donnerait son accord à des relations sexuelles que s'ils utilisaient des condoms. Bien qu'il ait dit [TRADUCTION] « ne pas en avoir utilisé », elle a « mentionné qu'[elle n'avait] des relations sexuelles que si [elle] utilis[ait] des condoms. C'est la seule approche qui [lui semblait] la plus sûre pour tout le monde » (d.a., vol. II, p. 17). Pendant cette conversation, l'appelant a convenu que le port du condom était l'approche la plus sûre pour tout le monde.

[6] Quelques jours après cette rencontre, la plaignante et M. Kirkpatrick se sont donné rendez-vous chez ce dernier pour avoir une relation sexuelle. Ils se sont rendus dans la chambre à coucher de M. Kirkpatrick. Lorsque celui-ci [TRADUCTION]

« [lui] a fait signe de monter sur son pénis » (d.a., vol. II, p. 20), la plaignante lui a demandé s'il avait des condoms et a précisé que, s'il n'en avait pas, elle en avait apporté. Lorsqu'on lui a demandé au procès pourquoi elle avait posé cette question, elle a répondu : [TRADUCTION] « Parce que je n'ai que des relations sexuelles protégées. Et je -- et je voulais avoir une relation sexuelle, alors je voulais m'assurer qu'il avait un condom » (d.a., vol. II, p. 22).

[7] Monsieur Kirkpatrick a dit à la plaignante qu'il avait des condoms, et il en a mis un. Il faisait noir dans la chambre, mais la plaignante a vu M. Kirkpatrick se tourner vers la droite et prendre un condom de sa table de chevet. Elle a entendu l'emballage s'ouvrir et a vu que M. Kirkpatrick paraissait mettre un condom. Ils ont eu des rapports sexuels vaginaux, la plaignante couchée sur le dos. Monsieur Kirkpatrick a demandé à la plaignante où il pouvait éjaculer, et elle lui a dit de ne pas éjaculer sur son vagin ou ses fesses. Monsieur Kirkpatrick a enlevé le condom et a éjaculé sur le ventre de la plaignante.

[8] Après leur relation sexuelle dans la chambre de l'appelant, ils se sont retrouvés ensemble dans la salle de bain. Alors qu'ils y étaient, la plaignante a demandé à M. Kirkpatrick s'il avait porté un condom et il a répondu par l'affirmative. Elle a demandé à voir le condom, parce qu'il faisait noir dans la chambre et qu'il était important pour elle que l'appelant en ait porté un. Ce dernier est retourné dans sa chambre, a récupéré le condom et l'a montré à la plaignante. Elle a vu que celui-ci avait été étiré et a été rassurée quant à son utilisation.

[9] La plaignante s'est endormie dans le lit de M. Kirkpatrick et elle a été réveillée alors que celui-ci plaçait son pénis en érection contre ses fesses. Elle l'a repoussé et l'a vu se tourner vers sa table de chevet — la même dont il avait précédemment tiré un condom. Elle a cru qu'il mettait un condom. Elle s'est replacée sur le ventre et M. Kirkpatrick l'a pénétrée dans le vagin avec son pénis. Après environ une minute, il a demandé à la plaignante si cela était plus agréable que la fois précédente. Elle a dit oui, croyant qu'il parlait de la position différente.

[10] Après un certain temps, ils ont changé de position et la plaignante s'est retrouvée sur le dos. Lorsque le pénis de M. Kirkpatrick a glissé hors du vagin de la plaignante, il lui a demandé de l'aider à le réintroduire en elle, ce qu'elle a fait. Ils ont continué à avoir la relation sexuelle jusqu'à ce que M. Kirkpatrick éjacule en elle. Ce n'est qu'à ce moment-là que la plaignante s'est rendu compte que, pendant ce deuxième rapport sexuel, M. Kirkpatrick ne portait pas de condom.

[11] Dans son témoignage, la plaignante a affirmé s'être sentie sous le choc et paniquée et être sortie de la chambre à coucher. Elle avait fait confiance à M. Kirkpatrick en s'appuyant sur leurs discussions antérieures et sur son utilisation d'un condom lors de leur premier rapport sexuel plus tôt ce soir-là. Elle se sentait bouleversée par le manque de respect qu'il avait eu pour les limites qu'elle avait établies ainsi que par sa désinvolture à l'égard des répercussions et conséquences possibles qu'elle pourrait subir en raison de sa décision à lui de ne pas utiliser un condom. Monsieur Kirkpatrick a suggéré qu'elle [TRADUCTION] « pourrait simplement

se faire [. . .] avorter » (d.a., vol. II, p. 25). Lorsqu'elle a dit craindre d'avoir contracté une infection transmise sexuellement (« ITS »), il lui a dit ne pas se soucier du tout d'une éventuelle transmission, parce que les gens pouvaient maintenant vivre avec des infections comme le VIH, la chlamydia et la gonorrhée.

[12] Le lendemain après-midi, la plaignante a envoyé un texto à M. Kirkpatrick pour lui demander pourquoi il n'avait pas porté de condom, malgré sa demande expresse de le faire. Il a répondu qu'il avait été [TRADUCTION] « trop excité » pour mettre un condom (d.a., vol. II, p. 27). Lorsque la plaignante s'est dite d'avis que cela pourrait être considéré comme une agression sexuelle, elle a eu l'impression que M. Kirkpatrick trouvait [TRADUCTION] « cela très drôle » (d.a., vol. II, p. 28). Il a répondu dans divers textos en lui envoyant une vidéo pornographique intitulée [TRADUCTION] « Oh, mon Dieu, papa est venu en moi » et en lui proposant de « se faire sauter » par un groupe de ses amis (d.a., vol. II, p. 28).

[13] Sur les conseils de professionnels de la santé, la plaignante s'est soumise à un traitement préventif contre le VIH d'une durée de 28 jours. Le traitement a eu des effets secondaires physiques et mentaux graves qui ont eu une incidence sur sa vie quotidienne et sur sa capacité à travailler.

[14] En contre-interrogatoire, elle a confirmé que non seulement leur discussion à propos de la nécessité d'utiliser un condom avait eu lieu, mais que, sans cette discussion, elle ne se serait pas rendue chez M. Kirkpatrick et n'aurait pas consenti à une relation sexuelle. Dans son témoignage, elle a affirmé avoir dit à maintes reprises

qu'elle n'avait des relations sexuelles que si son partenaire portait un condom et que [TRADUCTION] « si [elle et M. Kirkpatrick n'avaient] pas eu de conversation sur le sexe sans risques avant d'avoir des relations sexuelles, [elle] n'y serai[t] pas allée cette nuit-là » (d.a., vol. II, p. 62). Selon elle, que M. Kirkpatrick ait fait fi de sa condition expresse et explicite de n'avoir une relation sexuelle qu'avec un condom équivalait à un [TRADUCTION] « viol ».

[15] À l'issue de la présentation de la preuve de la Couronne, M. Kirkpatrick a demandé le rejet de l'accusation d'agression sexuelle en présentant une requête faisant valoir l'absence de preuve. Selon lui, la Couronne n'avait pas prouvé l'absence de consentement de la plaignante, un élément essentiel de l'*actus reus* de l'agression sexuelle. Plus précisément, il a fait valoir que sur le fondement de l'arrêt *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, l'accord de la plaignante aux rapports sexuels était suffisant pour établir le consentement à « l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel* et qu'il n'y avait aucune preuve que ce consentement avait été vicié par la fraude pour l'application du par. 265(3)c). La Couronne a soutenu que les rapports sexuels sans le condom exigé n'étaient pas consensuels et, subsidiairement, que le consentement avait été vicié par la fraude.

[16] Pour décider s'il y a lieu d'accueillir une requête faisant valoir l'absence de preuve, les juges qui président des procès doivent se demander « [s]'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité » (*R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2

R.C.S. 828, par. 21, citant *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, p. 1080; voir aussi *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, p. 160-161). La Couronne doit présenter quelque preuve de culpabilité pour chaque élément essentiel de la définition du crime reproché (*R. c. Charemski*, [1998] 1 R.C.S. 679, par. 2-3). S'il existe un quelconque élément de preuve admissible, les juges ne peuvent imposer un verdict (*Monteleone*, p. 160-161; *R. c. Barros*, 2011 CSC 51, [2011] 3 R.C.S. 368, par. 48).

[17] Pour trancher une requête faisant valoir l'absence de preuve, les juges des requêtes doivent, comme nous, tenir pour avérés les faits tels qu'exposés par la personne plaignante dans son témoignage. La personne accusée peut avoir une version différente des faits, mais la question qui importe est celle de savoir si le témoignage de la personne plaignante, advenant qu'il soit cru, justifierait une déclaration de culpabilité (*Monteleone*, p. 160-161, citant *Shephard*, p. 1080).

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique, 2018 BCPC 415 (le juge Solomon)*

[18] Le juge du procès a accueilli la requête de M. Kirkpatrick faisant valoir l'absence de preuve et a rejeté l'accusation d'agression sexuelle. S'appuyant sur l'arrêt *Hutchinson*, il a conclu, sur le fondement du témoignage de la plaignante, qu'elle avait [TRADUCTION] « consenti à tous les actes physiques de relations sexuelles auxquels les parties s'étaient livrées », même si aucun condom n'avait été utilisé (par. 27 (CanLII)). La seule question en litige était donc celle de savoir s'il y avait des éléments de preuve

permettant de conclure à une fraude ayant vicié le consentement. Pour conclure à la fraude, il faut une preuve de malhonnêteté de la part de l'accusé — qui peut comprendre la non-divulgateion — ainsi qu'une privation sous la forme d'un risque important de lésions corporelles graves en raison de cette malhonnêteté. Selon le juge, comme M. Kirkpatrick n'avait rien fait pour tenter de tromper la plaignante et l'amener à croire qu'il avait porté un condom, il n'y avait aucune preuve de malhonnêteté et, partant, aucune preuve pour étayer une conclusion de fraude.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2020 BCCA 136, 63 C.R. (7th) 338 (les juges Saunders, Groberman et Bennett)*

[19] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de la Couronne à l'unanimité, annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès, bien que les juges aient divergé d'opinion sur le raisonnement à adopter pour déterminer quelle disposition du *Code criminel* s'appliquait dans l'examen du consentement, à savoir le par. 273.1(1) ou l'al. 265(3)c).

[20] Selon le juge Groberman, le juge du procès avait eu tort de conclure que la plaignante avait consenti à l'activité sexuelle au sens du par. 273.1(1). Il a statué qu'il ne fallait pas interpréter l'arrêt *Hutchinson* comme excluant d'importants aspects physiques — tel le port d'un condom — des parties constituanes de l'activité sexuelle. En conséquence, à son avis, il n'y avait pas eu de consentement en l'espèce. Cependant, le juge Groberman s'est dit d'accord avec la conclusion du juge du procès selon laquelle aucune preuve n'étayait la thèse voulant que M. Kirkpatrick avait tenté de

tromper la plaignante quant à l'utilisation d'un condom et justifiant une analyse relative à la fraude pour l'application de l'al. 265(3)c).

[21] La juge Bennett a rejeté l'interprétation de l'arrêt *Hutchinson* préconisée par le juge Groberman. Selon elle, dans leurs motifs, les juges majoritaires dans l'arrêt *Hutchinson* ont rejeté l'idée selon laquelle l'utilisation du condom pouvait faire partie de l'activité sexuelle; la tromperie quant à l'utilisation du condom doit plutôt être analysée au regard de la disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c). Cependant, eu égard aux faits de l'espèce, elle a statué que le juge du procès avait eu tort de conclure qu'il n'y avait aucune preuve de fraude.

[22] La juge Saunders a souscrit en partie aux motifs de ses deux collègues, mais relativement à des questions différentes. Elle était d'accord avec l'interprétation de l'arrêt *Hutchinson* par le juge Groberman et, subsidiairement, avec la conclusion de la juge Bennett selon laquelle il y avait preuve de fraude.

### III. Questions en litige

[23] Le pourvoi soulève deux questions. Premièrement, lorsqu'une personne plaignante a rendu son consentement à des rapports sexuels conditionnels à ce que son partenaire porte un condom, le fait qu'il n'en a pas porté signifie-t-il qu'il n'y a pas d'« accord volontaire [de la] plaignant[e] à l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*, ou cela doit-il être analysé en application de la disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c)?

[24] Deuxièmement, que faut-il pour établir la fraude, et y a-t-il en l'espèce des éléments de preuve de malhonnêteté de la part de l'appelant susceptibles de constituer une fraude viciant le consentement pour l'application de l'al. 265(3)c) du *Code criminel*?

#### IV. Analyse

##### A. *Le cadre d'analyse du consentement dans les cas de refus ou de retrait du condom*

[25] Deux avenues s'offrent à nous pour déterminer l'effet juridique sur l'*actus reus* de l'agression sexuelle de l'omission de M. Kirkpatrick d'avoir porté un condom. Pour retenir la bonne approche, je commencerai par décrire l'infraction d'agression sexuelle, notamment en examinant l'art. 273.1 et le par. 265(3) ainsi que les éléments constitutifs de l'infraction. Je présenterai les arguments de l'intimée la Couronne et de l'appelant, puis j'expliquerai comment, lorsqu'elle est une condition du consentement de la personne plaignante, l'utilisation du condom doit faire partie de « l'activité sexuelle » visée à l'art. 273.1 du *Code criminel*. Il s'agit de la seule interprétation qui permette une lecture harmonieuse du texte des dispositions pertinentes dans leur contexte global et qui soit conforme à l'objectif du législateur de promouvoir l'autonomie sexuelle et la capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel. Enfin, j'expliquerai pourquoi l'arrêt *Hutchinson* ne commande aucun autre résultat en ce qui concerne la question particulière que soulève le présent pourvoi.

(1) L'infraction d'agression sexuelle

[26] Au début des années 1980, le Parlement a modernisé et fondamentalement restructuré les dispositions du *Code criminel* relatives aux infractions d'ordre sexuel. Il a abrogé des règles de preuve discriminatoires et s'est éloigné des dispositions particulières antérieures, comme celles relatives à l'interdiction du viol, pour adopter plutôt des interdictions fondées sur le droit en matière de voies de fait. Ce changement reflétait le passage d'une [TRADUCTION] « catégorisation des infractions d'ordre sexuel fondée sur la nature de l'acte sexuel et la chasteté perçue de la victime vers une conception qui traite l'agression sexuelle beaucoup plus comme les autres crimes de violence » (J. Benedet, « Judicial Misconduct in the Sexual Assault Trial » (2019), 52 *U.B.C. L. Rev.* 1, p. 17).

[27] En conséquence, selon l'al. 265(1)a) du *Code criminel*, commet des voies de fait quiconque, d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement. Lorsque les voies de fait revêtent un caractère sexuel, il s'agit d'une infraction prévue à l'art. 271 du *Code criminel*. Le fait de placer les voies de fait au cœur des nouvelles infractions reflète le rôle central que le consentement est censé jouer pour faire la distinction entre une conduite sexuelle criminelle et l'activité sexuelle à laquelle une personne a donné son accord.

[28] Le caractère fondamental du consentement en ce qui concerne l'infraction d'agression sexuelle se dégage du rôle essentiel qu'il joue à l'égard tant de l'*actus reus*

que de la *mens rea* de l'infraction. L'*actus reus* de l'infraction consiste en des « attouchements sexuels non souhaités », tandis que la *mens rea* est l'intention de se livrer à des attouchements sur une personne, tout en sachant que celle-ci n'y consent pas ou encore en faisant montre d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à l'égard de cette absence de consentement (*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 23). Pour ce qui est de l'*actus reus*, l'absence de consentement est entièrement subjective et dépendante de l'état d'esprit de la personne plaignante quant à son souhait que les attouchements aient lieu ou non au moment où ils se sont produits (*Ewanchuk*, par. 25-27 et 31). À cette étape, il n'est pas nécessaire d'examiner la perspective de la personne accusée (*R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, par. 87 et 89).

[29] En 1992, le Parlement a présenté d'autres modifications quant aux agressions sexuelles dans le projet de loi C-49, la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, c. 38, art. 1, pour corriger des approches désuètes qui liaient le non-consentement à la résistance physique et pour clore les débats sur la possibilité que la passivité, le silence, la non-résistance ou la soumission puissent constituer un consentement. Ces modifications ont défini le consentement pour la première fois au par. 273.1(1), elles ont énoncé certaines circonstances où il n'y a pas de consentement en droit au par. 273.1(2), et elles ont limité l'accès à la défense de la croyance sincère mais erronée au consentement communiqué à l'art. 273.2.

[30] Le Parlement a expressément énoncé l'objet et les objectifs réparateurs qui l'ont amené à adopter ces modifications dans le préambule au projet de loi C-49. Ces

modifications visaient à refléter les réalités, les préoccupations et les droits des personnes plaignantes, à réduire la crainte des agressions sexuelles et à encourager le signalement de ce crime traditionnellement sous-signalé. « [L]es cas de violence et d'exploitation sexuelles au sein de la société canadienne préoccup[aient] sérieusement le Parlement du Canada, et en particulier la fréquence des agressions sexuelles contre les femmes et les enfants » (projet de loi C-49, préambule). Le Parlement entendait assurer « la pleine protection des droits garantis par les articles 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (qui protègent les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ainsi que le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination). Le Parlement avait notamment pour objectif principal de promouvoir l'égalité des sexes et de protéger l'autonomie personnelle des individus pour faire des choix au sujet de leurs corps et choisir de se livrer ou non à une activité sexuelle (voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3<sup>e</sup> sess., 34<sup>e</sup> lég., 8 avril 1992, p. 9505-9507). Ses objectifs se reflètent dans le cadre d'analyse en matière de consentement et dans le libellé des dispositions individuelles actuelles.

[31] L'article 273.1 est une disposition clé et sert de point d'entrée en matière de consentement. Il s'applique aux infractions d'ordre sexuel en particulier, il est plus récent que le par. 265(3) et son adoption découle d'une prise de conscience du « caractère unique en son genre de l'infraction d'agression sexuelle » (projet de loi C-49, préambule). Le paragraphe 273.1(1) exige « l'accord volontaire du plaignant à

l'activité sexuelle ». Le paragraphe 273.1(2) dresse une liste non exhaustive de cas où le consentement ne se déduit pas en droit. À l'époque pertinente, l'art. 273.1 disposait<sup>1</sup> :

**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.

(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.

(3) Le paragraphe (2) n'a pas pour effet de limiter les circonstances dans lesquelles le consentement ne peut se déduire.

[32] Les paragraphes (1) et (2) de l'art. 273.1 portent tous les deux sur le consentement et doivent être lus ensemble. Le paragraphe (2) comporte plusieurs facettes et nous éclaire sur la façon dont le législateur conçoit le consentement (*R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440, par. 33 et 35). Tous les cas décrits au par. 273.1(2) sauf un s'appliquent de façon à clarifier ce qu'exige le consentement subjectif. Seule la situation prévue à l'al. 273.1(2)c) vicie le consentement, soit celle

---

<sup>1</sup> L'article 273.1 a été modifié depuis les événements dont il est question dans le présent pourvoi, mais ces modifications n'ont aucune incidence sur l'issue du pourvoi (L.C. 2018, c. 29, par. 19(1) et (2)).

où le consentement de la personne plaignante obtenu par abus de confiance ou de pouvoir est présumé invalide en droit (*R. c. G.F.*, 2021 CSC 20, par. 44).

[33] Le paragraphe 265(3) s'applique à toutes les formes de voies de fait (y compris l'agression sexuelle). Il énumère quatre situations dans lesquelles le droit présume l'absence de consentement, notamment lorsque celui-ci est obtenu par la fraude. Dans ces cas, il y a consentement subjectif pour l'application de l'art. 273.1, mais le droit intervient pour vicier ce consentement. Le paragraphe 265(3) prévoit :

**(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.

[34] Le consentement à l'étape de l'*actus reus* est au cœur de la présente cause. Lorsque la viciation dont il est question au par. 265(3) est plaidée, l'arrêt *Hutchinson* prescrit une analyse en deux étapes pour décider s'il y a eu consentement, même s'il n'impose pas un ordre strict des opérations (*G.F.*, par. 51-52). À la première étape, il s'agit de se demander si la personne plaignante a consenti à se livrer à l'activité sexuelle au sens du par. 273.1(1) (*Hutchinson*, par. 4). Si elle a consenti, ou si sa conduite soulève un doute raisonnable quant à l'absence d'accord volontaire à l'activité sexuelle, la seconde étape consiste à se demander s'il existe des circonstances, parmi celles

énumérées au par. 265(3) ou à l'al. 273.1(2)c) — y compris la fraude — qui vicient le « consentement apparent » de la personne plaignante (*Hutchinson*, par. 4). Si elle n'a pas consenti, il n'y a aucun consentement qui puisse être vicié pour l'application du par. 265(3) ou de l'al. 273.1(2)c).

[35] Dans l'arrêt *G.F.*, notre Cour a expliqué que la distinction entre l'absence de consentement subjectif à l'activité sexuelle au sens du par. 273.1(1) et la viciation du consentement « est peut-être subtile, mais elle est importante » (par. 36). Bien que l'absence de consentement subjectif pour l'application du par. 273.1(1) soit directement liée à l'accord volontaire à l'activité sexuelle, les facteurs de viciation énoncés au par. 265(3) ou à l'al. 273.1(2)c) sont plutôt liés à diverses considérations d'intérêt public (*G.F.*, par. 36).

## (2) Les arguments des parties

[36] L'intimée la Couronne soutient que l'utilisation du condom est pertinente pour ce qui est du consentement de la plaignante et représente un aspect important de l'activité sexuelle visée à l'art. 273.1. Elle affirme que les relations sexuelles avec ou sans condom sont des formes fondamentalement distinctes d'attouchements et que ce sont des types d'« activité sexuelle » physiquement distincts pour l'application du par. 273.1(1). La personne plaignante qui a consenti à une relation sexuelle à la condition que son partenaire porte un condom n'a pas consenti à une relation sexuelle sans condom. Lorsque son partenaire fait fi de la demande de porter un condom, les rapports sexuels sont non consensuels. Dans un tel cas, où le juge des faits conclut que

la personne plaignante n'a pas donné son accord volontairement à l'activité sexuelle, il n'y a pas de consentement, l'*actus reus* est établi, et l'analyse porte dès lors sur la *mens rea*. Si l'arrêt *Hutchinson* commande un autre résultat, la Couronne demande à notre Cour d'infirmar cet arrêt et de clarifier le droit applicable.

[37] Pour sa part, M. Kirkpatrick prétend que la fraude en application du par. 265(3) est la seule avenue susceptible de mener à une conclusion d'absence de consentement attribuable à son omission de porter un condom. Il soutient que la plaignante avait donné son accord à l'activité sexuelle, puisqu'elle avait consenti à des rapports sexuels vaginaux. Il affirme que son consentement ne peut être jugé vicié que si la Couronne prouve hors de tout doute raisonnable : (1) la malhonnêteté, y compris les mensonges et la tromperie délibérée ainsi que la non-divulgence de faits importants; (2) une privation ou un risque de privation, qui consiste en un risque réel de lésions corporelles graves (*R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 116; *R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 12). Les lésions corporelles graves comprennent toute blessure ou lésion, physique ou psychologique, qui « nuit d'une manière importante à l'intégrité, à la santé ou au bien-être d'une victime » (*Mabior*, par. 82) et elles sont souvent liées à des préjudices physiques comme le risque de grossesse ou celui découlant d'une ITS (*Hutchinson*, par. 69 et 71). Selon l'appelant, l'arrêt *Hutchinson* a statué que, dans tous les cas, l'utilisation d'un condom ne peut jamais faire partie de l'acte physique, si bien qu'elle n'est jamais pertinente pour ce qui est du consentement prévu au par. 273.1(1). À son avis, la Couronne ne peut pas établir — et elle n'a pas établi — qu'il a trompé la plaignante ou que celle-ci a subi des lésions

corporelles graves ou un risque important de telles lésions à la suite de sa tromperie. Par conséquent, plaide-t-il, le juge du procès a eu raison de rejeter l'accusation portée contre lui.

[38] Les arguments des parties et l'arrêt de la Cour d'appel illustrent les deux avenues qui s'offrent à nous pour déterminer l'effet juridique de l'omission de M. Kirkpatrick d'avoir porté un condom sur l'*actus reus* de l'agression sexuelle.

(3) L'interprétation de l'expression « activité sexuelle » au par. 273.1(1)

[39] Le point de départ et la disposition principale pour juger de l'existence ou non du consentement à l'activité sexuelle en matière d'infractions d'agression sexuelle est l'art. 273.1. Cette disposition particulière a été adoptée plus récemment que le par. 265(3) et elle a été spécialement conçue pour les infractions d'agression sexuelle, qu'elle visait en particulier. Cette définition législative du consentement joue un rôle central dans les interdictions du Parlement contre la violence sexuelle fondées sur les voies de fait. L'expression clé « activité sexuelle » utilisée au par. 273.1(1) existe dans la formule composée qui exige « l'accord volontaire [. . .] à l'activité sexuelle ». Nous devons chercher l'intention du Parlement qui ressort du texte, du contexte et de l'objet des dispositions en matière d'agression sexuelle et l'interpréter conformément à la jurisprudence abondante de notre Cour sur le consentement et « de façon harmonieuse » avec toutes les parties de l'art. 273.1, ainsi qu'avec le régime législatif dans son ensemble (*J.A.*, par. 33).

[40] L'interprétation juridique donnée à l'expression « activité sexuelle » ne peut être étroitement délimitée ou fixée pour toutes les affaires. À l'instar du consentement dont elle est une partie intégrante, elle est liée au contexte et ne peut être appréciée dans l'abstrait; elle se rapporte à des comportements ou à des gestes particuliers (*Hutchinson*, par. 57; *Barton*, para. 88). Une bonne part de l'interprétation dépend des faits et des circonstances de l'espèce. De façon très concrète, elle est définie par la preuve et les allégations de la personne plaignante. Quel contact la personne plaignante qualifie-t-elle d'illicite? Quels actes ont dépassé les limites du consentement donné? L'activité sexuelle émerge d'une comparaison de ce qui s'est effectivement produit et de ce à quoi l'accord avait été donné, s'il en est. Cela varie inévitablement d'une affaire à l'autre.

[41] En l'espèce, la plaignante n'a rien à redire du premier rapport sexuel vaginal au cours duquel l'appelant a utilisé le condom exigé. Elle prétend néanmoins ne jamais avoir consenti à ce qu'il a fait par la suite, c'est-à-dire avoir eu avec elle des rapports sexuels vaginaux sans condom. L'agression sexuelle spécifique alléguée, et l'activité sexuelle, était donc d'avoir eu un rapport sexuel vaginal sans condom.

[42] Pour décider si l'accord de la plaignante à des rapports sexuels avec un condom signifie également qu'elle a donné son accord à des rapports sexuels sans condom, nous partons du principe de l'arrêt *Hutchinson* selon lequel « l'activité sexuelle » à laquelle la personne plaignante doit donner son accord est « l'acte sexuel physique spécifique » (par. 54 (italique omis)). L'accent doit donc être mis sur l'acte

ou les actes sexuels *spécifiques*, définis par renvoi aux actes *physiques* en cause. Dans l'arrêt *Hutchinson*, notre Cour a également donné des exemples de différents actes physiques, comme « les baisers, les caresses, le sexe oral, les rapports sexuels ou l'utilisation d'accessoires sexuels » (par. 54). Les exemples donnés n'étaient que des illustrations et ils ne s'appliquent qu'en comparaison les uns avec les autres, en ce sens que les baisers ne constituent pas le même acte physique que les caresses, que les caresses ne sont pas la même chose que le sexe oral et que les rapports sexuels ne sont pas la même chose que l'utilisation d'accessoires sexuels. Il ne s'agit pas de catégories juridiques fermées ou d'application obligatoire d'activités sexuelles au sens large, sans égard aux allégations et aux éléments de preuve particuliers en cause.

[43] Compte tenu de l'accent que met l'arrêt *Hutchinson* sur « l'acte sexuel physique spécifique », l'utilisation du condom peut faire partie de l'activité sexuelle, puisqu'un rapport sexuel sans condom est un acte physique fondamentalement et qualitativement différent d'un rapport sexuel avec un condom. Il va sans dire que la différence physique est qu'un rapport sexuel sans condom implique un contact direct peau contre peau, tandis que le rapport sexuel avec un condom consiste en un contact indirect. De fait, certains hommes affirment que c'est cette différence, celle d'une expérience physique qui n'est pas la même, qui explique pourquoi ils préfèrent ne pas porter de condom (K. Czechowski et autres, « *That's not what was originally agreed to* » : *Perceptions, outcomes, and legal contextualization of non-consensual condom removal in a Canadian sample*, dans PLoS ONE, 14(7), 10 juillet 2019 (en ligne), p. 2).

[44] Le droit reconnaît que le consentement à la pénétration dans une partie du corps ne vaut pas consentement à la pénétration dans une autre partie, puisqu'il s'agit d'actes physiques distincts (*Hutchinson*, par. 54). De même, le consentement à une forme de contact peut dépendre de ce qui est utilisé pour toucher le corps, parce que le droit reconnaît qu'il y a une différence physique entre être touché par un doigt, un pénis, un accessoire sexuel ou un autre objet. Il est également clair, par exemple, que le droit voit des actes sexuels physiques spécifiques différents lorsqu'une personne qui a obtenu le consentement de toucher la poitrine d'une femme par-dessus ses vêtements glisse la main sous ses vêtements pour toucher directement la peau de son sein nu. De la même façon, se faire toucher par un pénis couvert d'un condom n'est pas le même acte physique spécifique que se faire toucher par un pénis nu. Logiquement et juridiquement, un contact sexuel direct est un acte physique différent d'un contact indirect. De fait, vu l'importance de la distinction, la question de savoir si un condom est exigé est fondamentale à l'acte physique.

[45] Tous les principes d'interprétation législative commandent la conclusion selon laquelle un rapport sexuel avec un condom est une activité sexuelle différente d'un rapport sexuel sans condom. Il s'agit de la seule interprétation de l'expression « l'activité physique » qui considère l'art. 273.1 dans son ensemble et d'une manière qui s'harmonise avec la jurisprudence de notre Cour sur le consentement subjectif et affirmatif. En outre, elle répond à l'objectif du Parlement de donner effet aux finalités d'égalité et d'affirmation de la dignité qui sous-tendent les interdictions d'agression sexuelle; elle est sensible au contexte et aux préjudices causés par le refus ou le retrait

non consensuel du condom; et elle respecte le principe de la modération en droit criminel. Bien que la viciation par la fraude puisse survenir dans d'autres affaires, elle ne s'applique pas lorsque l'utilisation du condom est une condition du consentement.

- a) *Il s'agit de la seule interprétation cohérente de l'art. 273.1 dans son ensemble*

[46] Les principes d'interprétation législative exigent que le texte des dispositions soit lu dans son ensemble et de manière cohérente. On présume que les dispositions forment un cadre rationnel, intrinsèquement cohérent et qu'elles fonctionnent en harmonie comme les diverses parties d'un tout (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), §11.2; *R. c. L.T.H.*, 2008 CSC 49, [2008] 2 R.C.S. 739, par. 47). Il s'ensuit qu'en interprétant la définition du consentement énoncée par le Parlement à l'art. 273.1, les par. (1) et (2) doivent être lus ensemble d'une manière cohérente.

[47] En adoptant une définition du consentement, le Parlement a énuméré, au par. 273.1(2), des situations dans lesquelles il n'y a aucun consentement en rapport avec les infractions d'agression sexuelle. Les alinéas 273.1(2)d) et e) en particulier prévoient qu'il n'y a pas de consentement si la personne plaignante « manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité » ou si, « après avoir consenti à l'activité, [elle] manifeste [...] l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci ». Pour que l'*actus reus* soit établi, il n'est pas nécessaire que la personne plaignante ait manifesté l'absence de consentement; toutefois, lorsqu'elle l'a

manifestée, ce fait se rapporte directement à la question de savoir si elle a subjectivement consenti à l'activité sexuelle, et il peut également avoir une incidence sur la question de savoir, dans le cadre de l'analyse de la *mens rea*, si une croyance erronée au consentement pouvait être raisonnable (*J.A.*, par. 23-24, 41 et 45-46).

[48] Ces alinéas mettent en évidence en quoi les paroles et les gestes de la personne plaignante se rapportent directement à la question de savoir s'il y a eu consentement ou non à l'activité sexuelle. D'après le témoignage de la plaignante en l'espèce, elle a manifesté, par ses paroles et son comportement, une absence d'accord à un rapport sexuel sans condom. L'alinéa 273.1(2)d) confirme expressément que le rejet manifeste d'une activité spécifique doit être respecté pour que le consentement ait un sens. L'utilisation d'un condom ne saurait être dépourvue de pertinence, secondaire ou accessoire, lorsque la personne plaignante a expressément rendu son consentement conditionnel à son utilisation. Comme l'a affirmé la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Ewanchuk*, l'al. 273.1(2)d) « reconnaît que, lorsqu'une femme dit "non", elle communique son absence de consentement, indépendamment de ce que l'accusé croyait qu'elle signifiait, et que cette manifestation de volonté a un effet juridique contraignant » (par. 101).

[49] En outre, reconnaître que l'utilisation du condom puisse faire partie de l'activité sexuelle est la seule façon de répondre à la nécessité que la personne plaignante ait donné son consentement affirmatif et subjectif à chaque acte sexuel, et ce, à chaque fois. En plus d'affirmer que tout individu a le droit de décider qui touche

leur corps et de quelle manière, cela situe l'utilisation du condom au cœur de la définition du consentement, comme il se doit. Il s'agit de la seule interprétation cohérente avec les principes fondamentaux du consentement exprimés à l'art. 273.1 et dans la jurisprudence de longue date de notre Cour, y compris l'arrêt *Hutchinson*.

[50] Inclure l'utilisation du condom comme partie de l'activité sexuelle met à bon droit l'accent sur la question suivante qui est au cœur théorique de l'analyse de l'*actus reus* : y a-t-il eu consentement véritable au sens de l'art. 273.1? Depuis l'arrêt *Ewanchuk*, notre Cour a toujours insisté sur l'importance fondamentale du point de vue subjectif de la personne plaignante à l'étape de l'*actus reus* (*J.A.*, par. 23 et 45-46; *Barton*, par. 87-89; *G.F.*, par. 29 et 33). L'appréciation du consentement au sens de l'art. 273.1(1) est déterminée par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la personne plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu (*Ewanchuk*, par. 26 et 61). Il s'agit d'une approche purement subjective où seul le point de vue individuel de la personne plaignante est déterminant : elle a consenti ou elle n'a pas consenti (*Ewanchuk*, par. 27 et 31; *J.A.*, par. 23; *Barton*, par. 89). Le point de vue de la personne accusée n'est pas pertinent à cette étape (*Barton*, par. 87 et 89).

[51] Selon les principes fondamentaux du consentement, les raisons qu'a la personne plaignante de donner ou de refuser son consentement et d'insister sur l'utilisation d'un condom ne sont pas pertinentes : « Si la plaignante n'a pas consenti subjectivement à l'activité (pour quelque raison que ce soit), l'*actus reus* est alors

établi » (*G.F.*, par. 33 (je souligne)). Que chacun ait droit de refuser un contact sexuel *quelles que soient ses raisons*, est un principe fondamental du droit canadien en matière d'agression sexuelle (*J.A.*, par. 43; *G.F.*, par. 33). Toutes les personnes « ont le droit inhérent d'exercer un contrôle complet sur leur corps, et de ne prendre part à des actes sexuels que si elles le désirent » (*R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 38 et 42; *Ewanchuk*, par. 75, la juge L'Heureux-Dubé, motifs concordants). La capacité de chaque personne de fixer les limites et les conditions dans lesquelles elle accepte d'être touchée repose sur des notions aussi importantes que l'inviolabilité physique, l'autonomie sexuelle et la capacité d'agir sur le plan sexuel, la dignité humaine et l'égalité (*Ewanchuk*, par. 28; *G.F.*, par. 1). Comme l'a expliqué la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Mabior*, « [d]e nos jours, la répression de l'agression sexuelle vise à protéger le droit de refuser un rapport sexuel : l'agression sexuelle est répréhensible en ce qu'elle nie la dignité de la victime en tant qu'être humain », omet de reconnaître chacun des partenaires sexuels comme « une personne autonome, égale et libre », et consiste en « l'exploitation illicite d'un être humain par un autre. Se livrer à des actes sexuels avec une autre personne sans son consentement c'est la traiter comme un objet et porter atteinte à sa dignité humaine » (par. 45 et 48). Voir aussi J. McInnes et C. Boyle, « Judging Sexual Assault Law Against a Standard of Equality » (1995), 29 *U.B.C. L. Rev.* 341, p. 353, note 30, et p. 357, note 38.

[52] On ne saurait faire abstraction du « non » de la personne plaignante à un rapport sexuel sans condom pour l'application tant du par. 273.1(1) que du par. 273.1(2), parce que, « [a]ujourd'hui, non veut dire non, et seul oui veut dire oui »

(*R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, par. 44). Par conséquent, lorsqu'une plaignante dit : « non, pas sans condom », notre droit en matière de consentement affirme haut et fort que cela veut réellement dire « non », et ne saurait être réinterprété pour devenir « oui, sans condom ».

[53] L'accord volontaire aux rapports sexuels avec un condom ne suppose pas un consentement aux rapports sexuels sans condom, puisque le consentement ne peut se déduire des circonstances ou de la relation qu'entretenaient la personne accusée et la personne plaignante (*J.A.*, par. 47; *Ewanchuk*, par. 31; *G.F.*, par. 32; *Barton*, par. 98 et 105). Rien ne remplace le consentement véritable de la personne plaignante à l'activité sexuelle au moment où celle-ci a lieu, qui suppose son « accord volontaire [. . .] à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise » (*J.A.*, par. 31). Une personne plaignante doit avoir donné son accord à l'acte sexuel spécifique, puisque « 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 » (*Hutchinson*, par. 54; *R. c. Olotu*, 2017 CSC 11, [2017] 1 R.C.S. 168, conf. 2016 SKCA 84, 338 C.C.C. (3d) 321; *R. c. Poirier*, 2014 ABCA 59; *R. c. Flaviano*, 2014 CSC 14, [2014] 1 R.C.S. 270, conf. 2013 ABCA 219, 309 C.C.C. (3d) 163).

[54] Pareillement, une personne accusée ne peut pas faire fi des limites ou « tâter le terrain » pendant un deuxième rapport sexuel pour « voir » si la personne plaignante consent alors à des relations sexuelles sans condom, puisque le

consentement doit être expressément renouvelé et communiqué « à chacun des actes sexuels » (*J.A.*, par. 34; *Barton*, par. 118). Rendre implicite le consentement ranime les « mythes et stéréotypes voulant que, lorsqu'une femme dit "non", elle veut plutôt dire "oui", "essaie encore" ou "persuade-moi" » (*Ewanchuk*, par. 87, la juge L'Heureux-Dubé). Comme l'a plutôt affirmé la Cour dans l'arrêt *Ewanchuk* (le juge Major, par. 52) :

Le sens commun devrait dicter que, dès que la plaignante a indiqué qu'elle n'est pas disposée à participer à des contacts sexuels, l'accusé doit s'assurer qu'elle a réellement changé d'avis avant d'engager d'autres gestes intimes. L'accusé ne peut se fier au simple écoulement du temps ou encore au silence ou au comportement équivoque de la plaignante pour déduire que cette dernière a changé d'avis et qu'elle consent . . .

[55] Exclure l'utilisation exigée du condom du cœur de la définition du consentement pour l'application de l'art. 273.1 minerait ces principes et compromettrait les objectifs du Parlement. Suivant une interprétation trop restrictive de l'expression « activité sexuelle », la personne plaignante serait, en droit, présumée avoir consenti même si, en fait, elle n'a pas subjectivement donné son accord à des rapports sexuels sans condom. Pour certaines personnes — comme la plaignante en l'espèce — la différence entre utiliser ou non un condom signifie la différence entre subjectivement donner son accord à l'activité ou la refuser. Faire abstraction de limites physiques expresses dans la définition du consentement pour l'application de l'art. 273.1 aurait pour effet de supprimer le besoin d'un consentement subjectif et affirmatif. Présumer que la personne plaignante a consenti à des rapports sexuels sans condom, après qu'elle a expressément rejeté cette forme de contact, reviendrait presque

à rétablir la théorie rejetée du consentement implicite (voir *Ewanchuk*, par. 31; *J.A.*, par. 47; *G.F.*, par. 32; *Barton*, par. 98 et 105). Reconnaître que lorsqu'une personne plaignante a donné son accord à un rapport sexuel avec un condom elle ne donnait pas son accord à l'acte physique différent d'avoir un contact direct peau contre peau sans condom est précisément ce que le juge Major a protégé dans l'arrêt *Ewanchuk*, lorsqu'il a affirmé que « [l]e 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 » (par. 28; voir aussi *G.F.*, par. 1).

- b) *Il s'agit de la seule approche conforme à l'objectif du Parlement de promouvoir l'autonomie sexuelle et la capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel*

[56] Reconnaître que l'utilisation du condom puisse faire partie de l'activité sexuelle respecte le mieux les objectifs du Parlement de rechercher l'égalité et de promouvoir la dignité ainsi que son désir de refléter les réalités, les droits et les préoccupations des personnes plaignantes. Cette approche est celle qui respecte le plus les objectifs du Parlement, comme en témoigne l'historique législatif, le préambule aux modifications de 1992 qui ont défini le consentement pour la première fois, le contexte social de l'adoption de l'art. 273.1 ainsi que les problèmes actuels liés au refus et au retrait du condom (*1704604 Ontario Ltd. c. Pointes Protection Association*, 2020 CSC 22, par. 6 et 14-15; *Moore c. Colombie-Britannique (Éducation)*, 2012 CSC 61, [2012] 3 R.C.S. 360, par. 5 et 37; *Alberta (Affaires autochtones et Développement du Nord) c. Cunningham*, 2011 CSC 37, [2011] 2 R.C.S. 670, par. 18, 63 et 69; *R. c. D.A.I.*, 2012

CSC 5, [2012] 1 R.C.S. 149, par. 30 et 38; *R. c. Chartrand*, [1994] 2 R.C.S. 864; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, par. 49-51).

[57] Malheureusement, le refus ou le retrait du condom, même si son utilisation a été demandée et exigée, n'est pas chose rare. Au cours des dernières années, le phénomène est devenu l'objet de recherches en sciences sociales et de reconnaissance accrue au sein de la société (m.i., par. 79; m. interv. Barbra Schlifer Commemorative Clinic (« mémoire de la clinique Barbra Schlifer »), par. 4 et 7-10, citant A. Brodsky, « “Rape-Adjacent” : Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal » (2017), 32 *Colum. J. Gender & L.* 183; A. Boadle, C. Gierer et S. Buzwell, « Young Women Subjected to Nonconsensual Condom Removal : Prevalence, Risk Factors, and Sexual Self-Perceptions » (2021), 27 *Violence Against Women* 1696; R. L. Latimer et autres, *Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia*, dans PLoS ONE, 13(12), 26 décembre 2018 (en ligne); Czechowski et autres; M. Ahmad et autres, « “You Do It without Their Knowledge.” Assessing Knowledge and Perception of *Stealth* among College Students » (2020), 17:10 *Int. J. Environ. Res. Public Health* 3527 (en ligne), p. 6).

[58] Le refus ou le retrait non consensuel du condom englobe un éventail de conduites auxquelles certains ont recours pour éviter de se servir d'un condom avec une personne qui en souhaite l'utilisation. Cela comprend le refus d'entrée de jeu de porter un condom, que la personne accusée informe ou non la personne plaignante de son refus. Cela comprend aussi les cas de « furtivage », où la personne accusée fait

semblant d'avoir mis un condom ou le retire à l'insu du partenaire ou de la partenaire. Il existe plusieurs formes de [TRADUCTION] « résistance à l'utilisation du condom » et elles peuvent comprendre le recours à la force physique, à la manipulation, aux menaces et à la tromperie pour avoir des rapports sexuels non protégés (m.i., par. 79; voir aussi par. 80-85; mémoire de la clinique Barbra Schlifer, par. 6-11; m. interv., West Coast Legal Education and Action Fund Association, par. 7).

[59] Des études empiriques récentes indiquent que les taux de refus ou de retrait non consentuels du condom pourraient être très élevés (Latimer et autres, p. 11; Czechowski et autres, p. 16 et 20-21). L'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic note que des universités canadiennes ont commencé à tenir compte du phénomène dans leurs politiques de prévention en matière de violence sexuelle (m. interv., par. 10, citant Université d'Ottawa, *Politique 67B Prévention de la violence sexuelle*, 9 décembre 2019; St. Francis Xavier University, *Sexual Violence Response Policy*, 1<sup>er</sup> février 2020, p. 4; Dalhousie University, *Sexualized Violence Policy*, 25 juin 2019, p. 5).

[60] Le refus ou le retrait non consentuel du condom est vécu et reconnu comme une forme de violence sexuelle qui engendre diverses formes de préjudice. Il y a des risques physiques manifestes, mais les conséquences psychologiques sont tout aussi réelles. On a constaté que les femmes qui avaient vécu le refus ou le retrait non consentuel du condom avaient développé une perception négative de leur capacité d'agir sur le plan sexuel et, parfois, une perception négative d'elles-mêmes (Boadle,

Gierer et Buzwell, p. 1708). Les victimes de refus ou de retrait non consentuel du condom le décrivent comme [TRADUCTION] « une violation paralysante et dégradante d'un accord en matière sexuelle », une violation du consentement, un bris de la relation de confiance, un déni de l'autonomie et un acte de violence sexuelle (Brodsky, p. 184 et 186; Czechowski et autres, p. 11-13; S. Lévesque et C. Rousseau, « Young Women's Acknowledgment of Reproductive Coercion : A Qualitative Analysis » (2021), 36 *J. of Interpers. Violence* NP8200 (en ligne), p. NP8210). Le témoignage de la plaignante — que nous devons tenir pour avéré à cette étape préliminaire — va manifestement dans le même sens que cette recherche. Elle décrit la conduite de l'appelant [TRADUCTION] « comme, un foutu viol, comme, parce que — comme, j'avais dit que je n'avais des relations sexuelles qu'avec des condoms » (d.a., vol. II, p. 63).

[61] À l'instar d'autres formes de coercition sexuelle, le risque de vivre le refus ou le retrait non consentuel du condom n'est pas distribué de manière égale dans la population. La dynamique du pouvoir sur laquelle il repose est exacerbée chez les femmes vulnérables — notamment les femmes qui vivent dans la pauvreté, les femmes racialisées et les femmes migrantes — ainsi que chez les personnes de diverses identités de genre et les travailleuses et travailleurs du sexe (mémoire de la clinique Barbra Schlifer, par. 9, citant K. T. Grace et J. C. Anderson, « Reproductive Coercion : A Systematic Review » (2018), 19 *Trauma, Violence, & Abuse* 371, p. 383-385). Les femmes plus jeunes, qui peuvent donner leur accord à une activité sexuelle à la condition que des mesures de protection soient utilisées dans les contextes de rencontres occasionnelles ou de relations sexuelles sans attache avec des partenaires

qu'elles ne connaissent pas bien (comme le démontrent les faits de l'espèce), sont aussi des cibles du refus ou du retrait non consentuel du condom (Boadle, Gierer et Buzwell, p. 1706-1707; voir, p. ex., *R. c. Lupi*, 2019 ONSC 3713; *R. c. Rivera*, 2019 ONSC 3918; *R. c. Kraft*, 2021 ONSC 1970). Le phénomène est en outre particulièrement lié à la violence conjugale (mémoire de la clinique Barbra Schlifer, par. 9, citant Grace et Anderson, p. 385).

[62] L'agression sexuelle demeure un crime étroitement lié au genre (*Goldfinch*, par. 37-38; *Barton*, par. 1). La violence sexuelle touche de façon disproportionnée les femmes et les personnes de genres divers, y compris les femmes et les filles trans et cisgenres et d'autres personnes trans, non binaires et bispirituelles. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne les membres racialisés de ces communautés (m. interv., Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes, par. 18). Je suis d'accord avec le procureur général de l'Alberta pour dire qu'une interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle » toucherait de façon disproportionnée des groupes vulnérables, contribuerait à l'inégalité sexuelle et priverait les personnes canadiennes de l'égalité devant la loi (m. interv., par. 23). Lorsque le partenaire fait fi de ce qu'a souhaité une personne plaignante, avec ou sans tromperie, ne pas reconnaître l'utilisation du condom comme faisant partie de l'activité sexuelle pour les fins de son consentement aurait pour effet de ne pas reconnaître sa capacité d'agir sur le plan sexuel, son égalité et son droit de contrôler sa santé ainsi que son bien-être reproductifs et physiques (mémoire de la clinique Barbra Schlifer, par. 17, citant E. C. Neilson et autres, « Psychological Effects of Abuse, Partner Pressure, and

Alcohol: The Roles of in-the-Moment Condom Negotiation Efficacy and Condom-Decision Abdication on Women's Intentions to Engage in Condomless Sex » (2019), 36 *J. of Interpers. Violence* NP9416).

[63] Le refus ou le retrait du condom touche de façon disproportionnée les femmes, mais il peut être vécu par toute personne et les lois en matière d'agression sexuelle sont conçues pour assurer une protection égale à toutes les personnes. L'infraction d'agression sexuelle protège l'inviolabilité de chaque individu et elle est indissociable des notions de pouvoir et de contrôle. En plus de l'inégalité des sexes, il peut également y avoir inégalité dans les relations sexuelles. Exiger le port du condom témoigne de la capacité d'agir, mais négocier son utilisation se produit souvent dans des situations d'inégalité. L'identité de la personne qui a le pouvoir d'insister et de décider en fin de compte comment son corps sera touché est au cœur de la dignité humaine et de la capacité d'agir, en toute égalité, sur le plan sexuel. Faire fi de l'insistance d'une personne plaignante qu'un condom soit utilisé est à la fois la preuve et la pratique d'une relation d'inégalité. Cela permet à une personne de s'arroger la capacité de passer outre aux conditions du consentement de l'autre partenaire. Il s'agit d'un exercice manifeste de domination qui témoigne d'un mépris de la capacité de l'autre personne de dicter les limites de sa participation. Passer outre à l'insistance de la personne plaignante qu'un condom soit utilisé est illicite; une personne accusée ne peut pas faire primer son désir sur les limites expresses formulées par la personne plaignante et se servir d'elle comme moyen d'atteindre ses fins sexuelles.

[64] La reconnaissance que l'utilisation du condom, lorsqu'elle est exigée, fait partie de l'activité sexuelle fournit la protection nécessaire à toutes les personnes contre une conduite illégale qui engendre des préjudices complexes. Avoir le contrôle sur la manière dont son corps est touché doit comprendre le droit de choisir si son corps est pénétré par un pénis nu ou par un pénis enveloppé dans un condom et de limiter son consentement en conséquence. Cela ne diffère en rien du droit de choisir si son corps est touché par-dessus ou sous les vêtements ou pénétré par un doigt ou par un accessoire sexuel ou de choisir où et comment la pénétration peut avoir lieu. Empêcher une personne de limiter son consentement à des circonstances où un condom est utilisé éroderait le droit de refuser ou de limiter le consentement à des actes sexuels spécifiques, ce qui laisserait [TRADUCTION] « le droit canadien gravement coupé de la réalité, et dysfonctionnel en ce qui concerne la protection qu'il accorde à l'autonomie sexuelle » (motifs de la C.A., par. 3).

c) *Le cadre d'analyse relatif à la fraude préconisé par l'appelant*

[65] Exclure l'utilisation exigée du condom de la portée du consentement à l'activité sexuelle au sens de l'art. 273.1 menacerait les principes fondamentaux du consentement et compromettrait les objectifs du Parlement. Pourtant, c'est précisément ce que l'appelant cherche à faire lorsqu'il prétend que les répercussions légales de son refus de porter un condom ne devraient être analysées qu'au regard de la fraude visée à l'al. 265(3)c). Bien que cette disposition ait un rôle à jouer dans d'autres cas, elle ne convient pas pour traiter des cas d'agression sexuelle fondés sur une allégation

d'absence de consentement à un acte physique différent — surtout lorsque la personne plaignante a expressément rejeté l'acte sexuel spécifique en cause. Une comparaison avec l'autre avenue menant à la responsabilité que propose l'appelant illustre comment la disposition relative à la fraude prévue à l'al. 265(3)c) rate la cible lorsque la personne qui se plaint d'une agression sexuelle affirme ne pas avoir consenti à un rapport sexuel sans condom.

[66] Suivant l'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle » que propose l'appelant, la personne plaignante serait, en droit, présumée avoir consenti à des rapports sexuels sans condom même si, en fait, elle n'y a pas subjectivement donné son accord. Elle serait présumée avoir dit oui à des rapports sexuels sans condom, même si, en réalité, elle a dit non. En revanche, considérer que l'utilisation du condom fait partie intégrante de l'activité sexuelle met à bon droit l'accent sur la question posée à la première étape de l'analyse de l'*actus reus* : y a-t-il eu consentement véritable au sens de l'art. 273.1?

[67] En l'espèce, le témoignage de la plaignante est clair — elle a confirmé à maintes reprises qu'elle n'avait pas consenti à des relations sexuelles sans condom à quelque moment que ce soit :

[TRADUCTION]

Q Alors, en lien avec l'incident du 16 mars 2017, avez-vous consenti à avoir un rapport sexuel avec Ross sans condom?

R Non.

Q Vouliez-vous avoir un rapport sexuel sans condom?

R Non.

Q Alors, entre la première fois où vous avez eu un rapport sexuel et la deuxième fois, Ross vous a-t-il demandé à quelque moment que ce soit s'il pouvait avoir un rapport sexuel sans condom?

R Non.

Q Vous, lui avez-vous dit, à quelque moment que ce soit, qu'il pouvait avoir un rapport sexuel avec vous sans condom?

R Non.

(d.a., vol. II, p. 26)

[68] Suivant l'art. 273.1, ce témoignage, advenant qu'il soit cru, suffit pour établir l'absence de consentement de la plaignante à l'activité sexuelle. Plutôt que de poser la question de savoir si cette dernière voulait subjectivement que les attouchements aient lieu, la fraude fait porter l'analyse sur la manière dont l'accusé s'est comporté et pose la question de savoir s'il a tenté de tromper la plaignante quant à sa non-utilisation d'un condom, ou s'il a réussi à la tromper à cet égard. De fait, selon l'appelant, la plaignante en l'espèce est réputée avoir consenti, au sens de l'art. 273.1, à un rapport sexuel sans condom, malgré son témoignage clair qu'elle n'y avait pas consenti et le principe juridique tout aussi clair selon lequel il fallait qu'elle donne son accord subjectif à cet acte sexuel. L'appelant prétend de plus qu'il ne saurait y avoir tromperie, parce qu'*il* n'avait pas accepté de porter un condom pendant le deuxième rapport sexuel.

[69] La nécessité de prouver la tromperie et une privation oriente mal l'enquête et crée des lacunes qui privent de nombreuses personnes de la protection de la loi en lien avec l'agression sexuelle. Ceci n'est peut-être guère surprenant, puisque les exigences en matière de fraude ne respectent ni ne suivent toujours les principes d'autonomie sexuelle, de dignité humaine et de capacité d'agir, en toute égalité, sur le

plan sexuel qui sont au cœur des infractions d'agression sexuelle. Outre cette discordance, plusieurs raisons justifient de ne pas adopter l'approche que préconise l'appelant lorsque la personne plaignante n'a pas donné son accord à une relation sexuelle sans condom.

[70] Premièrement, exiger une preuve de privation ne prend pas en compte comment, en application de notre droit en matière de consentement, toute personne est capable de décider de consentir ou non en fonction de motifs qui sont significatifs pour elle. Suivant l'art. 273.1, le droit ne se soucie pas des raisons pour lesquelles une personne a donné ou refusé son consentement, puisque ses pensées, ses motivations et ses désirs ne regardent qu'elle. Ce qui importe, c'est l'existence ou non du consentement subjectif dans les faits. Ce respect du choix individuel, et des motivations personnelles qui le sous-tendent, est au cœur de la capacité d'agir sur le plan sexuel. Exiger qu'une personne plaignante qui a insisté sur l'utilisation d'un condom fasse la preuve d'une privation avant que le consentement soit vicié serait incompatible avec le principe fondamental selon lequel une personne a le droit de refuser son consentement sans égard à ce qui la motive. Une personne peut insister pour qu'un condom soit utilisé, et ce, pour « quelque raison que ce soit » qu'elle juge importante — qu'elle soit fondée ou non sur le risque de grossesse ou d'ITS, ou qu'elle ait ou non un rapport avec le point de vue du droit à l'égard d'un risque important de lésions corporelles graves (*G.F.*, par. 29 et 33). En Cour d'appel, le juge Groberman a eu raison de souligner, au par. 28 de ses motifs, que [TRADUCTION] « [l']imiter ainsi la définition de l'expression "activité sexuelle" serait absurde, puisque cela, sans la moindre justification,

empêcherait une personne de limiter son consentement d'une manière qui est intimement liée à son autonomie personnelle et à l'intérêt public ».

[71] Deuxièmement, les préjudices engendrés par le refus ou le retrait non consensuel du condom ne se limitent pas au risque important de lésions corporelles graves et englobent bien plus que le risque de grossesse ou d'ITS. Interpréter le préjudice comme se limitant aux conséquences [TRADUCTION] « physiques » ou « corporelles » aurait pour effet d'« inhiber la reconnaissance juridique de la manière dont le préjudice est vécu comme dommageable et dégradant du fait qu'il transgresse les limites du consentement à l'activité sexuelle » (L. Gotell et I. Grant, « Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson* » (2021), 44 *Dal. L.J.* 439, p. 442). En outre, cela renforcerait le mythe selon lequel un [TRADUCTION] « viol véritable » est défini par la violence physique qui dépasse la violence du contact non consensuel (Gotell et Grant, p. 456). Comme l'a souligné la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Cuerrier*, l'essence de l'infraction est la violation de la dignité physique de la plaignante d'une façon contraire à son libre arbitre et cette violation est ce qui justifie une sanction pénale, indépendamment du risque ou de la gravité des lésions corporelles en cause (par. 18-19).

[72] Troisièmement, l'exigence relative aux préjudices pour établir la fraude signifie en outre que certaines personnes et certains types de relations sexuelles ne bénéficieraient pas de la protection de la loi. La reconnaissance de la sécurité de la personne et de son égalité ne saurait dépendre de sa capacité à tomber enceinte ou de

la possibilité que l'acte sexuel en cause emporte le risque de grossesse ou de transmission d'une ITS.

[73] Quatrièmement, faire la preuve d'un risque important de lésions corporelles graves supposerait vraisemblablement une appréciation condescendante de la question de savoir si les préjudices que la personne plaignante a subis étaient assez importants pour vicier un consentement qui, dans son esprit, n'a jamais été donné. Établir la privation serait susceptible d'être très intrusif pour les personnes plaignantes. En plus d'expliquer les circonstances de leur violation, elles seraient tenues d'établir qu'elles ont subi un risque important de lésions corporelles graves au-delà de l'indignité d'avoir été agressées. L'exigence relative à la privation mettrait l'accent sur des renseignements extrêmement personnels, sensibles ou stigmatisants à propos de la personne plaignante, dont de l'information relative à la grossesse non désirée, à l'avortement, à la fertilité, à l'état ménopausique, aux pratiques de contraception, aux ITS, au sexe attribué à la naissance (lorsqu'il a une incidence sur la fertilité) et, peut-être, à la santé mentale de la personne plaignante. Chacune de ces catégories de renseignements peut concerner la vulnérabilité préexistante de la personne plaignante à la grossesse, à une ITS ou aux deux, et la question fondamentale de savoir si la conduite de la personne accusée a véritablement causé le préjudice subi par la personne plaignante (ou le risque de telles lésions). Ces facteurs ne sont pas pertinents quant au consentement pour l'application de l'art. 273.1, et pourtant, ils jouent un rôle important, voire déterminant, pour l'application du par. 265(3).

[74] Le droit en matière d'agression sexuelle fondé sur l'art. 273.1 protège le choix de la personne plaignante, sans égard à ses raisons, d'exiger le port d'un condom. Il n'est pas nécessaire de contourner les contraintes de l'application du concept de fraude en définissant largement la tromperie, en traitant le refus non divulgué d'utiliser un condom au chapitre de l'exigence de malhonnêteté, ou en concluant que l'atteinte aux droits relatifs à la dignité peut être assimilée à un risque important de lésions corporelles graves. Le Parlement a adopté sa définition rigoureuse du consentement prévue à l'art. 273.1 en partie parce que la disposition générale relative à la viciation prévue au par. 265(3) pour toutes les voies de fait était insuffisante dans le contexte précis de l'agression sexuelle. L'avenue directe qui consiste à examiner s'il y a eu consentement subjectif à l'acte physiquement différent au sens de l'art. 273.1 est préférable à tous les égards : elle correspond à l'intention du Parlement, elle est logiquement antérieure, elle est plus respectueuse des personnes plaignantes, elle est supérieure sur le plan du fond, et elle va au cœur de la définition législative conçue pour s'attaquer à la violence sexuelle et à ses conséquences. Il s'agit de la disposition qu'a privilégiée le Parlement pour répondre aux violations du consentement, puisqu'elle est plus particulière et plus récente que celle relative à la fraude (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 327-328).

[75] L'expression « activité sexuelle », correctement interprétée, est suffisamment large pour englober les aspects physiques qui étaient d'entrée de jeu essentiels à l'accord de la personne plaignante au contact spécifique. La réponse à la question de savoir si celle-ci a consenti à l'acte physique distinct d'avoir des rapports

sexuels non protégés peau contre peau ne saurait dépendre de la manière dont son consentement a été violé. Dans les cas de refus ou de retrait du condom, l'analyse relative à la fraude éloignerait l'attention des principes fondamentaux relatifs au consentement, porterait l'attention ailleurs et créerait des lacunes dans la protection qui seraient contraires à l'intention du Parlement d'aborder les droits, les réalités et les préjudices de la violence sexuelle. Tous les principes fondamentaux d'interprétation législative et du droit en matière de consentement appuient la proposition sensée voulant que les rapports sexuels avec un condom soient une activité sexuelle différente des rapports sexuels sans condom.

(4) L'arrêt *Hutchinson* n'est pas déterminant

[76] L'appelant plaide néanmoins que notre Cour est tenue de suivre l'avenue de la fraude sur le fondement de son interprétation de l'arrêt *Hutchinson*. Il s'appuie en particulier sur les par. 41, 55 et 64 pour faire valoir que les condoms doivent toujours être exclus de la notion d'activité sexuelle, puisqu'il s'agit de moyens contraceptifs (m.a., par. 21-23 et 26). Il prétend que, dans l'arrêt *Hutchinson*, les juges majoritaires ont expressément rejeté la [TRADUCTION] « distinction entre un condom défectueux et l'absence de condom » dans l'analyse de l'activité sexuelle (m.a., par. 26). Il invoque aussi la clarification des juges minoritaires quant à leur désaccord avec les juges majoritaires pour confirmer son interprétation (*Hutchinson*, par. 97; m.a., par. 27). Je ne suis pas d'accord. L'arrêt *Hutchinson* n'a pas la vaste portée que l'appelant lui

attribue : l'arrêt n'a pas établi de règles obligatoires applicables à toutes les affaires postérieures où un condom est en cause.

[77] Dans la partie qui suit, j'examinerai d'abord l'arrêt *Hutchinson* et j'expliquerai ensuite pourquoi il ne régit pas la présente affaire, dans laquelle aucun condom n'a été utilisé.

a) *L'arrêt*

[78] Dans l'arrêt *Hutchinson*, notre Cour s'est demandé comment le droit devait traiter le consentement dans un cas où un accusé avait intentionnellement saboté le condom qu'il devait utiliser pendant des rapports sexuels. Dans cette affaire, la plaignante et l'accusé entretenaient une relation intime de longue date plutôt houleuse. La plaignante avait dit maintes fois à l'accusé qu'elle ne voulait pas tomber enceinte et insistait donc pour qu'il utilise un condom. Pour sa part, M. Hutchinson voulait que la plaignante tombe enceinte, espérant que leur relation se poursuive. Bien que la plaignante ait consenti à des rapports sexuels avec un condom, M. Hutchinson avait, à l'insu de la plaignante, percé des trous dans le condom, le rendant inefficace comme moyen contraceptif (par. 2; voir aussi *R. c. Hutchinson*, 2011 NSSC 361, 311 N.S.R. (2d) 1, par. 2; *R. c. Hutchinson*, 2013 NSCA 1, 325 N.S.R. (2d) 95, par. 3). Les juges majoritaires ont statué que le consentement de la plaignante avait été vicié par la fraude comme le prévoit le par. 265(3), tandis que les juges minoritaires ont conclu que la plaignante n'avait pas donné son accord à « l'activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1) (par. 74 et 103).

[79] Les juges majoritaires ont rejeté une approche qui plaçait le sabotage d'un condom dans le champ d'application de l'art. 273.1, et ce, pour trois raisons. Premièrement, ils ont jugé que le Parlement n'entendait pas élargir la notion d'activité sexuelle en y incluant une « liste potentiellement infinie de conditions accessoires » (par. 27). Selon eux, le sens ordinaire de l'expression « activité sexuelle » correspond à l'acte sexuel physique précis convenu (par exemple, « les baisers, les caresses, le sexe oral, les rapports sexuels ou l'utilisation d'accessoires sexuels ») et cela « 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 » (par. 54-55). Deuxièmement, les juges majoritaires voulaient éviter de mettre à risque les résultats des arrêts *Cuerrier* et *Mabior*, qui établissaient les situations où la non-divulgation du VIH pouvait être assimilée à une fraude (par. 29 et 42-43). Troisièmement, ils ont tenté d'éviter l'adoption d'un test vague et obscur en matière de consentement susceptible de criminaliser une conduite qui ne présente pas le caractère répréhensible nécessaire pour que des sanctions criminelles soient justifiées (par. 21 et 45-46).

[80] Appliquant le droit aux faits, les juges majoritaires ont statué que « l'activité sexuelle » consistait en des rapports sexuels et que la plaignante y avait consenti volontairement (par. 64-65). Toutefois, son consentement avait été vicié par la fraude, puisqu'il avait été satisfait au test énoncé dans les arrêts *Cuerrier* et *Mabior* : la malhonnêteté était évidente et admise, et il y avait eu une privation suffisamment grave, à savoir l'exposition à un risque accru de grossesse (*Hutchinson*, par. 68 et 71).

[81] Les juges minoritaires étaient d'avis que la plaignante n'avait donné son accord qu'à des rapports sexuels avec un condom intact. Il n'y avait donc pas de consentement au sens du par. 273.1(1), puisque l'activité sexuelle n'avait pas eu lieu de la manière convenue (par. 101 et 103).

b) *L'arrêt Hutchinson se distingue de la présente affaire et ne s'applique pas lorsqu'aucun condom n'a été utilisé*

[82] L'arrêt *Hutchinson* est une affaire classique de tromperie dans laquelle l'accusé avait délibérément percé des trous dans un condom en espérant qu'il en résulterait une grossesse. Il a simplement statué que les affaires intéressant le sabotage d'un condom et la tromperie devraient être analysées en application de la disposition relative à la fraude, plutôt qu'en intégrant la question du condom à l'activité sexuelle visée à l'art. 273.1. Lorsqu'il est interprété correctement, et conformément aux principes bien établis du *stare decisis*, l'arrêt *Hutchinson* vise principalement à circonscrire la tromperie en droit criminel. Les déclarations des juges majoritaires visaient le contexte particulier du sabotage d'un condom et n'avaient pas pour but d'écarter le principe fondamental, fondé sur l'intégrité physique et la dignité humaine, selon lequel le droit permet à chaque personne d'insister sur l'utilisation du condom comme faisant partie du consentement et de limiter ainsi qui peut la toucher et de quelle façon.

[83] L'arrêt *Hutchinson* n'a pas établi le principe général selon lequel toutes les affaires où un condom est en cause sont exclues du champ d'application de l'art. 273.1

et qu'elles ne peuvent être traitées, le cas échéant, que lorsque les conditions de fraude sont établies. Comme le démontre le nouveau dossier dont nous sommes saisis, l'utilisation du condom n'est pas toujours indirectement liée ou accessoire à l'activité sexuelle. De fait, rendre conditionnel l'accord à un contact sexuel à l'utilisation d'un condom va au cœur de l'activité physique spécifique en cause et de l'existence ou non du consentement subjectif, et il n'est pas nécessaire d'avoir recours à la théorie de la fraude et à ses exigences juridiques rigoureuses dans cette situation. Par conséquent, l'arrêt *Hutchinson* demeure contraignant à l'égard de ce qu'il a décidé, mais il ne s'applique pas lorsque la personne accusée refuse de porter un condom et que le consentement de la personne plaignante était conditionnel à son utilisation.

[84] J'expliquerai en deux parties ma conclusion selon laquelle l'arrêt *Hutchinson* ne s'applique pas de façon aussi vaste que le plaide l'appelant. Premièrement, la décision des juges majoritaires dans cet arrêt est limitée par son contexte factuel et leurs mentions répétées concernant l'efficacité du condom, son état saboté et la tromperie de l'accusé. Les juges majoritaires ne statuaient pas sur le cadre juridique applicable à l'absence totale de condom ou à d'autres formes de refus ou de retrait non consensuels du condom. Deuxièmement, j'exposerai pourquoi, lorsqu'ils sont envisagés sous cet angle, les paragraphes qu'invoque l'appelant n'étaient pas son interprétation.

- (i) Le contexte factuel de l'arrêt *Hutchinson* et la formulation de la question en litige dans le pourvoi par les juges majoritaires

[85] Les décisions ne font autorité qu'à l'égard de ce qui y est [TRADUCTION] « effectivement décidé »; ce ne sont pas « des lois où chaque mot compte comme faisant autorité contraignante en droit » (R. J. Sharpe, *Good Judgment: Making Judicial Decisions* (2018), p. 148). Les faits de l'arrêt *Hutchinson* et la question juridique particulière qui y est soulevée limitent la portée de ce qui y a été décidé et des remarques incidentes qui y ont été formulées. Dans cette affaire, comme dans la présente, la plaignante avait donné son consentement à des rapports sexuels à la condition qu'un condom soit utilisé. Cependant, contrairement à ce qui s'est passé en l'espèce, M. Hutchinson avait utilisé un condom et la plaignante savait qu'il l'avait fait. L'activité sexuelle correspondait par conséquent au contact physique même qu'elle avait autorisé — des rapports sexuels où le pénis était engainé dans un condom —, mais le problème est survenu parce que l'accusé avait saboté le condom. Il s'agit d'un fait important et sensiblement différent; il se rapporte non pas à la question de savoir si un condom avait été utilisé, mais plutôt à celle de savoir si le condom était efficace comme moyen de contraception. Il s'agit d'un contexte important permettant d'éclaircir l'interprétation qu'ont donnée les juges majoritaires à l'expression « activité sexuelle » employée à l'art. 273.1.

[86] Devant un cas clair de tromperie quant à l'état du condom, les juges majoritaires dans l'arrêt *Hutchinson* ont formulé la question juridique comme celle de savoir si le « sabotage du condom » devait avoir pour effet d'entraîner une absence de consentement pour l'application du par. 273.1(1) du *Code criminel*, ou s'il devait être analysé au regard de la disposition relative à la fraude (par. 14). Les juges majoritaires

ont statué que c'était le « sabotage du condom » qui constituait une fraude visée à l'al. 265(3)c « [si bien qu']il y avait [...] absence de consentement » (par. 6). Le fait que M. Hutchinson ait effectivement utilisé un condom alors que son utilisation avait été exigée a permis à la Cour de conclure que la plaignante avait subjectivement consenti à l'activité sexuelle et d'énoncer la question devant elle comme étant celle de savoir si, malgré cet « accord apparent », le consentement de la plaignante avait été vicié « au motif que l'accord avait été obtenu par suite de la tromperie de M. Hutchinson au sujet de l'état du condom » (par. 17; voir aussi par. 3).

[87] Tout au long de leur analyse, les juges majoritaires ont mis l'accent sur l'utilisation trompeuse d'un condom saboté, y compris dans leur survol de l'autonomie sexuelle en droit criminel (par. 19) et dans l'introduction de leur analyse au chapitre de l'interprétation législative (par. 20). Fait à signaler, leur examen de la jurisprudence de notre Cour dans l'exercice d'interprétation législative s'est limité aux affaires portant sur la disposition relative à la fraude, à savoir les arrêts *Cuerrier* et *Mabior*. Leur discussion quant à des interprétations antérieures de la disposition relative à la fraude a mis en évidence les difficultés à tracer la ligne de démarcation « entre les tromperies qui vici[ent] le consentement et celles qui ne le vici[ent] pas » (par. 30). L'analyse a porté principalement sur la fraude et n'a pas pris en compte la jurisprudence de notre Cour sur le consentement, ni n'était censée l'infirmier.

(ii) Les paragraphes qu'invoque l'appelant n'étaient pas son interprétation

[88] Je n'accepte pas que les paragraphes des motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Hutchinson*, tels qu'ils sont interprétés et invoqués par l'appelant en l'espèce, étayent son argument selon lequel l'omission de porter un condom ne peut être analysée qu'au regard du par. 265(3) en tant que cas possible de fraude. Lorsqu'on les replace dans leur contexte, seuls ou ensemble, ces paragraphes n'empêchent pas d'examiner l'omission de porter un condom au regard de l'art. 273.1. Dans leur analyse, les juges majoritaires dans l'arrêt *Hutchinson* ont souvent utilisé les qualificatifs « efficace » ou « saboté » en discutant de l'utilisation du condom et d'autres mesures contraceptives (voir, p. ex., par. 44, 48 et 64). Les juges majoritaires ne disent pas explicitement que la non-utilisation du condom doit être analysée sous le même angle que le sabotage du condom ou que les moyens de contraception inefficaces. Dans l'arrêt *Hutchinson*, la Cour n'était pas saisie de la question de la non-utilisation du condom en tant que fait important de l'affaire.

[89] Une grande attention a été portée au par. 55 de l'arrêt *Hutchinson* :

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.

[90] Cette affirmation pourrait être interprétée comme excluant toujours les condoms de l'expression « activité sexuelle », parce qu'ils peuvent être utilisés comme

mesure contraceptive. Toutefois, il n'est ni nécessaire ni opportun de l'interpréter de cette manière inutilement large. L'opinion des juges majoritaires n'empêche pas de traiter différemment l'utilisation d'un condom efficace et la non-utilisation d'un condom. Leur analyse menant à ce paragraphe s'est concentrée sur la définition de la fraude ou de la tromperie dans un cas intéressant un condom saboté. Je suis d'accord avec le juge Groberman du tribunal d'instance inférieure pour dire que, correctement interprété dans son contexte, le par. 55 de l'arrêt *Hutchinson* statue que des mesures contraceptives peuvent être des « conditions ou [d]es caractéristiques de l'acte physique » lorsqu'elles ne changent pas intrinsèquement l'acte physique lui-même. Toutefois, lorsqu'elles changent l'acte physique lui-même, par exemple, l'utilisation d'un condom, elles peuvent tomber sous le coup de l'art. 273.1. En interprétant ainsi l'arrêt *Hutchinson*, je ne dénature pas le sens qu'attribuent les juges majoritaires à l'art. 273.1, déterminé comme il l'a été aux fins de trancher la question différente qui était en cause dans cette affaire. L'interprétation et la portée de ce paragraphe doivent prendre en compte le raisonnement derrière la distinction que font les juges majoritaires entre l'acte physique et les autres « conditions ou [. . .] caractéristiques » qui a servi de fondement à leur exclusion des mesures contraceptives et de la présence d'ITS de la notion d'activité sexuelle (*Hutchinson*, par. 5 et 55). Cette distinction découlait de la crainte que l'approche adoptée par les juges minoritaires — qui reposait sur l'efficacité du condom — soit obscure, qu'elle entraîne une criminalisation à outrance, qu'elle rende la disposition en matière de fraude « superflue dans bon nombre de cas » et qu'elle mine les arrêts *Cuerrier* et *Mabior* (*Hutchinson*, par. 5, 21, 26, 29 et 39-46). Cependant, la discussion des juges majoritaires portant sur les problèmes que soulevait

l'approche des juges minoritaires ne laisse pas entendre que l'utilisation du condom, en tant qu'élément de l'acte physique, pose ces mêmes problèmes (*Hutchinson*, par. 39-45).

[91] Dans l'arrêt *Hutchinson*, les juges majoritaires ont conclu que « "l'activité sexuelle" a consisté en rapports sexuels qui se sont déroulés [dans cette affaire] » et que l'utilisation d'un condom efficace était « une méthode de contraception, ainsi qu'une mesure de protection contre les maladies transmissibles sexuellement », et ne constituait pas un « acte sexuel » (par. 64). Puisque « [p]ersonne ne contest[ait] que la plaignante avait subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels avec M. Hutchinson au moment où ceux-ci se sont déroulés », la Couronne n'avait pas prouvé qu'il y avait eu absence de consentement au sens du par. 273.1(1) (par. 65).

[92] Ces affirmations ne sont d'aucune utilité pour l'appelant. Fait crucial, la plaignante avait subjectivement consenti aux « rapports sexuels qui se sont déroulés [dans cette affaire] » parce que M. Hutchinson a porté un condom. Ce sur quoi la Cour se penchait était l'*utilisation d'un condom efficace*, ce qui présuppose l'utilisation d'un condom. Il ne faut pas considérer que la Cour affirmait que l'exigence de l'utilisation d'un condom ne peut jamais faire partie de l'acte sexuel. La prétention selon laquelle un « condom efficace » était une méthode de contraception est liée encore une fois aux faits de l'espèce : un condom a été utilisé, mais il avait été saboté par tromperie dans une situation où la plaignante était particulièrement préoccupée par le risque de conception.

[93] Enfin, je ne suis pas convaincue que les juges majoritaires aient statué, au par. 41 de l'arrêt *Hutchinson*, que l'absence de condom et l'utilisation d'un condom saboté revenaient au même. Ce paragraphe ne porte pas sur l'absence de condom. Il précise plutôt pourquoi les juges majoritaires affirment que l'adoption de l'approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » ou celle basée sur la « façon dont l'acte s'est déroulé » (adoptées dans la juridiction d'instance inférieure et par les juges minoritaires) aurait pour effet de rendre le droit « incohérent, éminemment formaliste et excessivement incertain ». Il affirme que le droit doit traiter de façon uniforme un mensonge permettant d'obtenir le consentement d'une personne à des rapports sexuels non protégés et un mensonge concernant l'état d'un condom. Or, le premier mensonge se rapporte à quelque chose d'autre que l'activité sexuelle, parce qu'il amène la personne plaignante à donner son accord subjectif à avoir des rapports sexuels non protégés (plutôt que d'amener la personne plaignante à avoir à son insu des rapports sexuels sans condom, alors qu'elle n'avait donné son accord qu'à des rapports sexuels avec un condom). Dans le deuxième exemple, le mensonge concerne l'état du condom. Ce mensonge se rapporte à la question de savoir si le condom est efficace pour prévenir la transmission d'ITS ou la grossesse, et non à l'activité sexuelle. Il s'ensuit, par exemple, que la fraude serait la bonne méthode pour analyser (1) un mensonge portant sur l'état sérologique vis-à-vis d'une ITS qui amène la personne plaignante à donner son accord à des rapports sexuels non protégés et (2) un mensonge portant sur l'intégrité physique du condom. Ce paragraphe traite ces mensonges comme étant similaires, mais il n'empêche pas les gestes qui vont au cœur du consentement conditionnel qu'avait donné la personne plaignante de faire partie de l'activité sexuelle.

[94] Fait critique, nulle part dans l'arrêt notre Cour n'aborde-t-elle l'absence totale de condom dans les circonstances où le consentement était conditionnel à son utilisation. En parlant de l'acte sexuel physique spécifique, les juges majoritaires n'ont pas affirmé que, en droit, l'utilisation du condom n'est jamais un aspect physique de l'activité sexuelle. À aucun moment, ils n'ont communiqué l'intention d'infirmer ou de modifier les principes fondamentaux du consentement affirmatif et subjectif. De fait, non seulement la juge en chef McLachlin et le juge Cromwell, au nom des juges majoritaires, ont-ils fait référence à l'arrêt *Ewanchuk*, mais ils ont mis en évidence sa primauté en introduisant ses principes fondamentaux au tout premier paragraphe de l'arrêt *Hutchinson*. Ils ont en outre expliqué que la personne plaignante devait donner son accord à « l'acte sexuel physique *spécifique* » parce que « 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 » (par. 54). L'arrêt *Hutchinson* n'a pas écarté la jurisprudence bien établie de notre Cour sur le droit en matière d'agression sexuelle et de consentement. Conformément à cette jurisprudence, les juges majoritaires n'auraient assurément pas conclu que la plaignante avait donné son accord volontaire à des rapports sexuels non protégés si M. Hutchison avait refusé de porter un condom ou s'il l'avait enlevé à son insu.

[95] L'appelant s'est appuyé sur les motifs des juges minoritaires au soutien de son interprétation large de ce que l'arrêt *Hutchinson* a décidé. Je n'ai pas besoin de me prononcer sur ces arguments parce que les juges minoritaires n'énoncent pas le droit

applicable, et ce qu'ils ont dit au sujet de l'arrêt des juges majoritaires ne le fait pas non plus. Dans les deux cas, leurs propos ne lient pas notre Cour.

[96] Interpréter l'arrêt *Hutchinson* aussi largement que le préconise l'appelant aurait pour effet de restreindre radicalement la portée et l'importance fondamentale du consentement visé à l'art. 273.1, et ce, d'une manière tout à fait incompatible avec la jurisprudence de notre Cour sur le consentement qui l'a précédé ou qui l'a suivi. Sur le fondement de l'interprétation large que l'appelant donne à l'arrêt *Hutchinson*, nous avons entendu des observations de l'intimée la Couronne, des intervenants les procureurs généraux de l'Ontario et de l'Alberta, la Barbra Schlifer Commemorative Clinic, la West Coast Legal Education and Action Fund Association et le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes qui nous demandent d'infirmer, de réviser ou de revoir l'arrêt *Hutchinson*.

[97] À mon avis, il n'est pas nécessaire d'accéder à ces demandes, parce que l'arrêt *Hutchinson* ne s'applique pas à une affaire où le consentement dépend de l'utilisation d'un condom et où aucun condom n'est porté. Il n'y a pas lieu d'interpréter l'arrêt aussi largement que le propose l'appelant. En clair, je distingue l'arrêt *Hutchinson* du cas de l'espèce, sans l'infirmer. Je réitère que les juges majoritaires dans cet arrêt n'ont pas explicitement examiné la différence entre la non-utilisation d'un condom et le sabotage d'un condom, et ils n'ont pas non plus analysé l'incidence qu'aurait cette différence sur l'interprétation des par. 265(3) et 273.1(2). Mon analyse, qui examine cette distinction, parce qu'elle est importante compte tenu des faits du

présent pourvoi, repose sur la tradition consacrée qui consiste à interpréter la portée d'un arrêt antérieur. Certains auteurs ont dit de cette méthode qu'elle consistait à [TRADUCTION] « faire une distinction avec un précédent en en restreignant la portée » (voir, p. ex., G. Williams et A. T. H. Smith, *Glanville Williams : Learning the Law* (17<sup>e</sup> éd. 2020), p. 83-85; N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent* (2008), p. 114; D. Parkes, « Precedent Unbound? Contemporary Approaches to Precedent in Canada » (2006), 32 *Man. L.J.* 135, p. 141-142). Cette méthode laisse le précédent en place et, à mon avis, elle est conforme au « principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent » (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 57).

[98] L'interprétation que donne l'arrêt *Hutchinson* des articles pertinents du *Code criminel* continue de s'appliquer. Cette affirmation s'appuie sur une distinction — qui restreint la portée de l'arrêt — entre l'utilisation d'un condom efficace et la non-utilisation d'un condom, à la lumière de l'utilisation d'un condom inefficace, un fait important dans cette affaire. Cependant, le *Code criminel* n'y a pas été interprété à la lumière du fait important de la non-utilisation d'un condom qui est essentiel à l'issue du présent pourvoi. Je propose plutôt une interprétation de l'art. 273.1 à l'égard de faits importants sur lesquels l'arrêt *Hutchinson* n'a pas statué.

#### (5) Résumé et application

[99] À l'étape de l'*actus reus* de l'agression sexuelle, imposer comme condition du consentement l'utilisation d'un condom définit l'activité sexuelle à laquelle l'accord

volontaire est donné au sens de l'art. 273.1. L'« activité sexuelle » à laquelle la personne plaignante doit consentir peut comprendre l'utilisation d'un condom.

[100] La question de savoir si l'utilisation du condom fait partie de l'activité sexuelle dépend des faits et de la question de savoir si elle était une condition du consentement de la personne plaignante dans ces circonstances particulières. Comme l'explique l'arrêt *Ewanchuk* (par. 29-30), cela oblige le juge des faits à examiner le témoignage de la personne plaignante et à apprécier sa crédibilité à la lumière de l'ensemble de la preuve.

[101] En plus de clarifier le droit et d'en assurer la cohérence, reconnaître que l'utilisation du condom peut faire partie de l'activité sexuelle laisse intactes les limites soigneusement établies dans les arrêts *Cuerrier* et *Mabior* en lien avec la non-divulgence du VIH. Cette approche n'a absolument aucune incidence sur la criminalisation des personnes qui vivent avec le VIH, à moins qu'elles omettent de respecter la condition imposée par leur partenaire quant à l'utilisation du condom.

[102] Lorsque l'utilisation d'un condom est une condition du consentement de la personne plaignante à l'activité sexuelle, elle fait partie de « l'activité sexuelle » et de l'analyse du consentement visé à l'art. 273.1. Si l'*actus reus* est établi, l'examen portera ensuite sur la *mens rea*. Si la personne accusée a cru par erreur au consentement de la personne plaignante et n'a pas fait preuve d'insouciance ou d'aveuglement volontaire à cet égard et si elle a pris des mesures raisonnables pour s'assurer du consentement, elle peut possiblement faire valoir un moyen de défense à l'étape de la *mens rea* de

l'analyse (art. 273.2; *Ewanchuk*, par. 25, 47 et 49; *J.A.*, par. 42; *Barton*, par. 90-94). Le juge des faits est le mieux placé pour évaluer si, eu égard à la preuve, un condom a été retiré au mépris du consentement conditionnel de la personne plaignante ou si, par exemple, il est accidentellement tombé sans que la personne accusée l'ait remarqué.

[103] Dans les affaires où un condom est en cause, l'arrêt *Hutchinson* s'applique lorsque la personne plaignante s'est aperçue *après* l'acte sexuel que la personne accusée portait un condom sciemment saboté. Cet arrêt demeure un précédent valable et ne s'applique qu'aux cas de tromperie, par exemple, lorsqu'un condom est utilisé, mais qu'il est rendu inefficace par un acte de sabotage et de tromperie. Si la personne plaignante s'aperçoit *pendant* l'acte sexuel que le condom a été saboté, elle peut alors révoquer son consentement subjectif, l'*actus reus* de l'agression sexuelle est établi, et il est inutile de procéder à l'analyse relative à la fraude.

[104] Reconnaître que l'utilisation du condom peut faire partie de l'activité sexuelle ne revient pas à élargir la portée de l'art. 273.1 et n'est pas contraire au principe de modération en droit criminel. Le Parlement a affirmé à maintes reprises que le fait d'imposer à une victime, contre son gré ou à son insu, un acte sexuel auquel elle n'a pas consenti constitue une conduite criminellement répréhensible. Le refus ou le retrait non consensuel du condom est une forme de violence sexuelle qui engendre des préjudices et qui brime l'égalité, l'autonomie et la dignité humaine des personnes plaignantes. Il ne s'agit pas simplement d'un comportement [TRADUCTION] « indésirable » (motifs de première instance, par. 30).

[105] Il n'y a aucune crainte au chapitre de l'imprécision ou de la certitude si l'utilisation du condom, y compris le refus ou le retrait non consentiel du condom, est considérée comme une partie de l'activité sexuelle. Le fait de se demander si un condom a été exigé et, dans l'affirmative, s'il a été utilisé comporte la certitude nécessaire pour empêcher la criminalisation à outrance. Bien que la modération soit un principe important du droit criminel, elle ne saurait l'emporter sur l'impératif absolu du Parlement d'adopter des lois en matière d'agression sexuelle qui respectent les droits et les réalités des personnes qui font l'objet de cette violence. Exclure de tels aspects physiques de l'activité sexuelle laisserait une lacune évitable et indésirable dans le droit en matière d'agression sexuelle, où certaines violations de l'intégrité physique d'une personne ainsi que sa capacité d'agir, en pleine égalité, sur le plan sexuel seraient rétrogradées comme étant moins dignes de protection. Cela serait contraire au principe fondamental selon lequel les motifs qu'a eu une personne plaignante de donner son accord uniquement à des rapports sexuels avec un condom ne sont pas pertinents.

[106] Le témoignage de la plaignante en l'espèce était clair : elle ne consentait pas à des relations sexuelles avec l'appelant sans condom, mais l'appelant a néanmoins choisi de se livrer à des rapports sexuels sans en porter un. Par conséquent, il existait certains éléments de preuve démontrant que la plaignante n'avait pas subjectivement consenti à l'activité sexuelle. Le juge du procès a commis une erreur en tirant une conclusion différente.

B. *Preuve de fraude*

[107] Vu la conclusion à laquelle j'arrive à l'égard de la première question, il n'est pas nécessaire que j'examine la seconde question, soit celle de savoir s'il existait des éléments de preuve capables de répondre aux conditions pour qu'il y ait fraude pour application de l'al. 265(3)c).

## V. Conclusion

[108] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique annulant l'acquittement et prescrivant la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs du juge en chef Wagner et des juges Côté, Brown et Rowe rendus par

LES JUGES CÔTÉ, BROWN ET ROWE —

## TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. <u>Aperçu</u>	109
II. <u>Analyse</u>	119
A. <i>L'arrêt Hutchinson s'applique au présent pourvoi</i>	119
(1) <u>Les arrêts de notre Cour sont censés s'appliquer de façon large</u>	121
(2) <u>Interprété correctement, Hutchinson régit le présent pourvoi</u>	133
(3) <u>Notre collègue cherche à distinguer Hutchinson sur le fondement de motifs incohérents et illogiques</u>	160

(4)	<u>L'interprétation erronée de l'arrêt <i>Hutchinson</i> par notre collègue constitue un renversement d'un précédent</u>	168
B.	<i>Stare decisis</i>	171
(1)	<u>Le principe du <i>stare decisis</i></u>	174
(2)	<u>La raison d'être du <i>stare decisis</i></u>	182
(3)	<u>Critiques visant le <i>stare decisis</i></u>	190
(4)	<u>Circonstances dans lesquelles notre Cour peut infirmer son propre précédent</u>	196
(5)	<u>Conclusion : <i>stare decisis</i></u>	267
C.	<i>Aucune des circonstances justifiant de renverser un précédent ne s'applique à l'arrêt <i>Hutchinson</i></i>	270
(1)	<u>L'arrêt <i>Hutchinson</i> n'a pas été rendu <i>per incuriam</i></u>	272
(2)	<u>L'arrêt <i>Hutchinson</i> n'est pas inapplicable</u>	275
(3)	<u>Il n'y a pas d'érosion des fondements minant <i>Hutchinson</i></u>	279
(4)	<u>Même si <i>Hutchinson</i> pouvait être infirmé, notre Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour confirmer sa validité</u>	284
(5)	<u>Conclusion quant à l'application du <i>stare decisis</i> horizontal à <i>Hutchinson</i></u>	287
D.	<i>Application de l'arrêt <i>Hutchinson</i> au présent pourvoi</i>	288
(1)	<u>L'analyse en deux étapes du consentement prescrite par <i>Hutchinson</i></u>	289
(2)	<u>Conclusion sur le cadre d'analyse en deux étapes du consentement</u>	306
III.	<u>Dispositif</u>	310
I.	<u>Aperçu</u>	

[109] Nous sommes d'accord avec notre collègue la juge Martin sur l'issue du pourvoi. Comme elle, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi de M. Kirkpatrick et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[110] Nous souscrivons également largement et sans réserve au résumé du droit canadien en matière d'agression sexuelle que fait notre collègue aux par. 26-35. Non veut dire *seulement* non, et *seul* oui veut dire oui. Le consentement à l'activité sexuelle n'exige rien de moins qu'une manifestation explicite. De cette façon, notre droit vise à protéger l'intégrité corporelle et l'autonomie sexuelle de tous.

[111] Cependant, ce n'est pas la question soulevée dans le présent pourvoi. Ce dernier concerne la question de savoir si notre Cour peut interpréter la même disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, deux fois, et de façons radicalement différentes, et ce, sans infirmer un de ses propres précédents. Notre collègue prétend que c'est possible. Nous soutenons que ce ne l'est pas.

[112] Or, ce n'est pas seulement la cohérence de notre jurisprudence sur cette question qui est en cause en l'espèce, mais aussi la méthode par laquelle notre Cour exerce son pouvoir judiciaire.

[113] Nos motifs comportent quatre parties. Premièrement, nous démontrons que *R. c. Hutchinson*, 2014 CSC 19, [2014] 1 R.C.S. 346, régit la question même dont notre Cour est saisie en l'espèce. Dans cet arrêt, les juges majoritaires ont statué, *catégoriquement*, que l'utilisation du condom ne faisait pas partie de « l'activité sexuelle » visée au par. 273.1(1) du *Code criminel*. Lorsqu'une personne donne son accord à des rapports sexuels à la condition que son partenaire porte un condom, mais que cette condition n'a pas été respectée *de quelque façon que ce soit*, la seule voie

menant à la responsabilité criminelle est celle de l'analyse relative à la fraude viciant le consentement en application de l'al. 265(3)c).

[114] C'est précisément ce qui s'est produit entre M. Kirkpatrick et la plaignante en l'espèce. Comme nous l'expliquons, nous sommes tenus — comme l'est notre collègue — d'appliquer l'arrêt *Hutchinson*. Pourtant, notre collègue traite la question de savoir quel cadre d'analyse doit être utilisé — celui du par. 273.1(1) ou celui de l'al. 265(3)c) — comme une question non résolue, question à laquelle *Hutchinson* n'a pas donné de réponse. Elle traite de ce précédent contraignant seulement de façon secondaire, et ce, vers la fin de ses motifs, et elle accorde peu d'importance à la réponse définitive déjà donnée par notre Cour à la même question que celle que soulève le présent pourvoi. Ce faisant, notre collègue superpose l'opinion des juges minoritaires dans *Hutchinson* à cette question juridique réglée, malgré qu'elle souligne à juste titre que « les juges minoritaires n'énoncent pas le droit applicable » (par. 95).

[115] De plus, même si notre collègue *n'était pas* liée par l'arrêt *Hutchinson*, elle ne reconnaît ni ne prend en considération le fait que la nouvelle interprétation qu'elle propose du par. 273.1(1) ouvre la porte à la surcriminalisation, dont le fardeau pèsera vraisemblablement de façon disproportionnée sur les mêmes communautés marginalisées qu'elle prétend défendre. Après tout, l'interprétation que notre collègue reprend des motifs minoritaires dans *Hutchinson* est précisément celle que la majorité avait rejetée, au motif qu'elle ne permettait pas d'établir un juste équilibre entre la protection de l'autonomie sexuelle et l'assurance que l'« instrument grossier » que

constitue le droit criminel est appliqué avec certitude et modération (par. 18). La distinction injustifiable que notre collègue fait pour échapper à *Hutchinson* fait abstraction du risque de surcriminalisation dans l'approche des juges minoritaires qui avait été constaté par la majorité dans cet arrêt. Notre collègue écarte la « ligne de démarcation nette et raisonnée entre les comportements criminels et les comportements non criminels » tracée dans *Hutchinson*, laquelle veille à ce que le non-respect du fait que le partenaire conditionne l'activité sexuelle à l'usage du condom ne soit criminalisé que s'il est à la fois malhonnête et possiblement préjudiciable pour le plaignant (par. 49).

[116] Deuxièmement, comme il n'est pas possible de distinguer *Hutchinson*, cet arrêt doit être soit appliqué, soit infirmé. En prétendant que, de par ses faits, *Hutchinson* peut être distingué, notre collègue s'évite la tâche difficile de décider s'il y a lieu d'infirmier cet arrêt. Pour évaluer justement la question de savoir si *Hutchinson* peut être renversé ou non, nous avons examiné toute la jurisprudence de notre Cour en matière de *stare decisis* horizontal depuis l'introduction de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous insistons sur le fait que le *stare decisis* est un élément fondamental de la stabilité juridique, de la légitimité judiciaire et de la primauté du droit. Nous synthétisons en outre les thèmes communs qui se dégagent de notre jurisprudence et formulons un test afin d'évaluer la question de savoir si notre Cour peut infirmer un précédent. En résumé, la Cour ne peut infirmer un de ses propres précédents que si celui-ci (1) a été rendu *per incuriam*, (2) est inapplicable, ou (3) a vu son fondement érodé par un changement sociétal ou juridique important.

[117] Troisièmement, appliquant notre cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal, nous concluons que l'arrêt *Hutchinson* ne satisfait à aucun des critères applicables à l'infirmerie d'un précédent. Celui-ci régit donc le présent dossier, si bien que c'est l'analyse relative à la fraude viciant le consentement en application de l'al. 265(3)c qui est en jeu, plutôt que celle relative au consentement en vertu du par. 273.1(1).

[118] Enfin, appliquant l'arrêt *Hutchinson* à l'espèce, nous concluons qu'il existe une certaine preuve que la plaignante a donné son consentement à l'activité sexuelle, mais qu'un nouveau procès s'impose afin de décider si son consentement apparent a été vicié par la fraude.

## II. Analyse

### A. *L'arrêt Hutchinson s'applique au présent pourvoi*

[119] Notre collègue traite l'effet juridique de « l'omission [de l'appelant] d'avoir porté un condom » comme une question non résolue, et suggère que la jurisprudence n'y a pas donné de réponse (par. 25). Elle prétend que, conformément aux « principes bien établis » du *stare decisis*, l'arrêt *Hutchinson* « vise principalement à circonscrire la tromperie en droit criminel » (par. 82). Elle affirme que la *ratio decidendi* de cette décision ne se rapporte qu'aux condoms « saboté[s] », et non à l'absence de condom (par. 84-87). L'arrêt *Hutchinson* est, dit-elle, « une affaire classique de tromperie » (par. 82). Elle déclare que notre Cour n'a pas examiné à fond

les questions plus larges du refus de porter un condom ou du retrait non consenti du condom (au par. 85), si bien que *Hutchinson* « n'a pas établi de règles obligatoires applicables à toutes les affaires postérieures où un condom est en cause » (par. 76).

[120] Rien de tout cela n'est un tant soit peu exact. En fait, c'est totalement l'inverse. Comme nous l'expliquons, le présent dossier ne peut être distingué de l'affaire *Hutchinson*, pour plusieurs raisons. Premièrement, la *ratio* contraignante de tous les arrêts de la Cour, en tant que juridiction de dernière instance, est nécessairement plus large que ce que reconnaît notre collègue, ce qui mine sa tentative de limiter la portée de l'arrêt *Hutchinson* aux faits particuliers de cette affaire. Deuxièmement, l'interprétation qu'elle propose de *Hutchinson* est contredite par la simple lecture de l'arrêt, par les motifs des juges minoritaires dans cette affaire et par le traitement que lui ont réservé les tribunaux partout au pays. Troisièmement, la distinction que notre collègue ferait entre *Hutchinson* et le présent dossier est à la fois incohérente et illogique. Enfin, nous affirmons, avec égards, mais catégoriquement, qu'il découle de ce qui précède que la tentative de notre collègue de « distinguer » *Hutchinson* revient, dans les faits, à infirmer ce précédent. Bien que, comme l'affirme notre collègue (au par. 40), les faits « varie[nt] inévitablement d'une affaire à l'autre », ce n'est pas le cas du cadre juridique applicable. Avec égards, notre collègue prétend que son analyse « repose sur la tradition consacrée qui consiste à interpréter la portée d'un arrêt antérieur » (par. 97), alors que dans les faits, elle infirme *Hutchinson*, sinon sur la forme, du moins sur le fond.

(1) Les arrêts de notre Cour sont censés s'appliquer de façon large

[121] Notre collègue prétend distinguer l'arrêt *Hutchinson* en limitant étroitement la portée de celui-ci à ses faits très inhabituels. Bien que les faits de l'affaire *Hutchinson* impliquent un condom saboté (par opposition à l'absence totale de condom), sa *ratio*, comme c'est généralement le cas pour toutes les affaires tranchées par notre Cour, est plus large que ses faits. La méthode de notre collègue est tout à fait incompatible avec la jurisprudence établie par notre Cour sur l'interprétation de la *ratio* contraignante de ses arrêts. Notre collègue réinterprète *Hutchinson* sur le fondement restreint que cette décision est « limitée par son contexte factuel » où il est question d'un condom saboté (par. 84). Comme nous l'expliquerons, l'accent qu'elle met sur ces aspects des motifs de la majorité ne tient pas compte des principes à appliquer pour déterminer la *ratio* d'un arrêt.

[122] Les décisions judiciaires ne sont pas toutes sur le même pied d'égalité. La portée de la *ratio* d'une décision varie en fonction du niveau du tribunal qui la rend. Bien qu'il soit rare que les tribunaux de première instance soient appelés à rendre des décisions qui innovent sur le plan du droit, les décisions des cours d'appel intermédiaires concernent généralement l'application d'un point de droit aux faits constatés par le tribunal de première instance. Cela reflète les rôles respectifs des juridictions inférieures dans notre système de common law (voir, p. ex., D. J. M. Brown, assisté de D. Fairlie, *Civil Appeals* (feuilles mobiles), § 1:1-1:7; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 11-18; *R. c. R.P.*, 2012

CSC 22, [2012] 1 R.C.S. 746; *Ledcor Construction Ltd. c. Société d'assurance d'indemnisation Northbridge*, 2016 CSC 37, [2016] 2 R.C.S. 23, par. 35-36; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729, par. 105-108, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point).

[123] En revanche, les tribunaux de dernière instance se penchent sur des questions de droit plus larges (Brown, § 1:7; B. Laskin, « The Role and Functions of Final Appellate Courts : The Supreme Court of Canada » (1975), 53 *R. du B. can.* 469, p. 475; *Housen*, par. 9; *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71, [2014] 3 R.C.S. 494, par. 34). Les arrêts de notre Cour [TRADUCTION] « résonnent dans tout le système juridique » en énonçant, comme ils le font souvent, des principes généraux qui sont censés s'appliquer de façon large au système dans son ensemble (P. Daly, « Introduction », dans P. Daly, dir., *Apex Courts and the Common Law* (2019), 3, p. 4-5; M. Rowe et L. Katz, « A Practical Guide to *Stare Decisis* » (2020), 41 *Windsor Rev. Legal Soc. Issues* 1, p. 9). Par conséquent, lorsque notre Cour [TRADUCTION] « porte toute son attention sur une question et la tranche de manière définitive », ses « indications [. . .] devraient être considérées comme contraignantes », même lorsque ces commentaires n'étaient pas strictement nécessaires au règlement des faits particuliers de l'affaire » (Rowe et Katz, p. 10).

[124] En effet, alors qu'on pensait autrefois [TRADUCTION] « [qu']une décision ne fait autorité qu'à l'égard de ce qui y est effectivement décidé », la détermination de la *ratio* d'une décision rendue par une cour de dernière instance moderne est une

entreprise plus vaste (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609, par. 53; Daly, p. 4). Les tribunaux de dernière instance ne font pas que résoudre des dossiers particuliers : ils énoncent des principes généraux qui sont censés guider — et lier — les juridictions inférieures. La position institutionnelle qu’occupe notre Cour milite à l’encontre d’une conception trop restrictive de nos jugements qui serait limitée aux faits de chaque affaire individuelle. Elle commande plutôt une approche plus large — laquelle produit des principes juridiques généraux — susceptible [TRADUCTION] « d’unifier de vastes domaines du droit et de donner des indications utiles à la communauté juridique » (Daly, p. 4-5). Par exemple, l’arrêt de notre Cour *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, ne permet pas seulement d’affirmer que l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, c. N-1, est inconstitutionnel. Ce faisant, il n’est pas loisible à notre Cour de réinventer le cadre d’analyse applicable à l’article premier de la *Charte* chaque fois qu’un pourvoi en matière constitutionnelle porte sur des faits différents de ceux de l’affaire *Oakes*.

[125] Malgré ce qui précède, notre collègue, rappelons-le, prétend que « [l]es décisions ne font autorité qu’à l’égard de ce qui y est “effectivement décidé” » (par. 85). Toutefois, cette opinion, énoncée il y a plus de 120 ans par le comte Halsbury, lord chancelier, à la Chambre des lords dans *Quinn c. Leatham*, [1901] A.C. 495, p. 506, a été explicitement *rejetée* par notre Cour. En effet, dans l’arrêt *Henry*, le juge Binnie, s’exprimant au nom de la Cour, a expliqué en détail, au par. 53, pourquoi cette approche désuète, du lord chancelier Halsbury et de notre collègue, ne s’applique plus :

Naturellement, cette mise en garde [qu'une décision ne fait autorité qu'à l'égard de ce qui y est effectivement décidé] était importante à l'époque, parce que la Chambre des Lords ne se prétendait pas alors autorisée à réviser et à écarter ses propres décisions. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. [ . . . ] Dans les années 1970, au Canada, cette difficulté s'est accrue avec la réorientation de la mission de notre Cour, qui consiste désormais moins à corriger les erreurs et davantage à développer la jurisprudence (ou à analyser des questions ayant de « l'importance [ . . . ] pour le public » [ . . . ]). Les modifications apportées à la *Loi sur la Cour suprême* ont eu deux effets pertinents pour la question qui nous occupe. Premièrement, la Cour a autorisé moins de pourvois, se donnant ainsi moins de possibilités d'examiner un point de droit particulier, et certains juges ont estimé qu'il fallait [TRADUCTION] « tirer le plus grand parti possible de l'occasion offerte, en abordant notre fonction décisionnelle dans une perspective plus large » : B. Wilson, « Decision-making in the Supreme Court » (1986), 36 *U.T.L.J.* 227, p. 234. Deuxièmement, et ce qui est plus important, la Cour a dû, dans bon nombre de dossiers (en particulier, ceux concernant la *Charte*), élaborer un cadre général d'analyse qui débordait nécessairement le strict minimum requis pour trancher le pourvoi. [ . . . ] Il faudrait être bien téméraire aujourd'hui pour prétendre que l'énoncé classique du juge en chef Dickson sur la proportionnalité, dans l'arrêt *Oakes*, n'est qu'une remarque incidente. C'est pourquoi si l'on se demande « ce qui est effectivement décidé dans *Oakes* », on arrivera probablement à une définition plus large depuis l'entrée en vigueur de la *Charte* que celle que le comte Halsbury aurait formulée un siècle auparavant. [Nous soulignons.]

[126] Nous sommes d'accord avec le juge Binnie pour dire que la « ligne de démarcation très nette » entre la *ratio decidendi* bien circonscrite d'une affaire, laquelle a force contraignante, et les *obiter*, qui ne l'ont pas, constitue une « simplification à outrance » de la façon dont le droit se développe (*Henry*, par. 52). Le point de droit tranché par la Cour peut être restreint ou large, selon sa proximité par rapport à la *ratio* de l'affaire. L'accent reste mis sur les mots utilisés par notre Cour dans ses motifs, lus dans le contexte de la décision dans son ensemble, ainsi que sur le « principe fondamental » voulant que le droit « évolu[e] [ . . . ] au gré des situations qui surviennent » (*Henry*, par. 57).

[127] Cela dit, dans les affaires portant sur l'interprétation statutaire, le contexte de la décision dans son ensemble ne doit pas aller au-delà de ses limites appropriées. Bien que le contexte demeure pertinent, il ne doit pas servir à parvenir à des résultats différents lorsque les parties sont différentes. L'interprétation de dispositions du *Code criminel* soulève des questions de droit, lesquelles doivent être tranchées de manière cohérente pour tous les types de délinquants. Par exemple, « l'activité sexuelle » ne peut pas revêtir un sens différent selon le délinquant. La *ratio decidendi* d'une décision est un énoncé de droit, et non de faits, et « [l]es questions de droit faisant partie de la *ratio* [. . .] d'une décision [sont contraignantes] en raison de la règle du *stare decisis* » (*Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293, par. 71, les juges Côté et Brown, dissidents, mais non sur ce point; *R. c. Arcand*, 2010 ABCA 363, 264 C.C.C. (3d) 134, par. 413, les juges Hunt et O'Brien; *Osborne c. Rowlett* (1880), 13 Ch. D. 774, p. 785). Une question de droit ne doit ainsi pas être confondue avec les divers cadres factuels desquels elle peut découler.

[128] À notre avis et avec égards, les motifs de notre collègue présentent des failles puisque la question fondamentale en litige dans le présent pourvoi (l'interprétation de l'expression « l'activité sexuelle » au par. 273.1(1)) est une simple question de droit, laquelle a été réglée de manière catégorique par notre Cour dans l'arrêt *Hutchinson*. Notre collègue se fonde sur l'argument selon lequel les *faits* du présent dossier sont différents. Or, cela est sans importance puisque la question de droit fondamentale est identique dans les deux pourvois.

[129] De plus, lorsque la question de droit concerne l'interprétation statutaire, la *ratio decidendi* de la jurisprudence antérieure de notre Cour doit être interprétée au regard du rôle de notre tribunal : fournir une interprétation claire et applicable uniformément à la manière dont une disposition législative doit être comprise et mise en œuvre par les tribunaux d'instance inférieure à travers le pays. Lorsque notre Cour est saisie pour la première fois d'une question d'interprétation statutaire, son rôle consiste à [TRADUCTION] « donner effet à l'intention du législateur dans la mesure où celle-ci peut être dégagée du libellé » en s'appuyant sur les règles d'interprétation statutaire (R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (3<sup>e</sup> éd. 2016), p. 38).

[130] Par la force des choses, l'exercice d'interprétation statutaire ne peut mener à de multiples interprétations contradictoires ou à des « degrés » d'application en fonction des faits d'une affaire donnée. En raison du *stare decisis*, un tribunal est lié par l'interprétation antérieure d'une disposition législative, qu'elle ait été donnée par le même tribunal ou un tribunal d'instance supérieure, et ce, jusqu'à ce qu'un tribunal d'instance supérieure infirme cette interprétation ou que la disposition législative soit modifiée par le législateur (*Delta Acceptance Corporation Ltd. c. Redman* (1966), 55 D.L.R. (2d) 481 (C.A. Ont.), p. 485, le juge Schroeder).

[131] Notre collègue contourne l'arrêt *Hutchinson* en suggérant que la compréhension de sa *ratio* a changé avec le temps conformément au « principe fondamental de l'évolution de la common law au gré des situations qui surviennent » (par. 97, citant *Henry*, par. 57). Nous ne remettons pas en cause ce principe, mais

soutenons qu'il n'a aucune pertinence en l'espèce. *Hutchinson* n'est pas un précédent de common law. Il s'agit d'un précédent en matière d'interprétation statutaire. Le sens de la disposition législative interprétée dans cet arrêt — soit le par. 273.1(1) du *Code criminel* — ne change pas avec le temps (voir par. 261-262, ci-après). Son sens ne change pas non plus parce que certains ont critiqué ce qu'elle exprime clairement : que l'utilisation d'un condom ne fait pas partie de l'activité sexuelle (motifs de la juge Martin, par. 96). Dans l'interprétation d'une disposition législative, le rôle du tribunal consiste à donner effet à l'intention du législateur. Appliquer la méthode de l'« arbre vivant » à l'interprétation des lois constitue une erreur fondamentale. Confondre interprétation statutaire et évolution de la common law — laquelle est établie par les juges et s'applique en l'absence de texte législatif — est tout aussi erroné.

[132] Il convient de mentionner ici un autre élément systémique. L'approche de notre collègue tendrait à miner la force de précédent de toutes nos décisions. De futurs plaideurs pourraient essayer de limiter à leurs faits particuliers la portée de tous nos précédents. De même, les tribunaux d'instance inférieure pourraient régulièrement contourner nos précédents en les distinguant aisément de l'affaire dont ils sont saisis. Notre Cour ne serait plus la juridiction de dernière instance chargée, sur le plan institutionnel, de trancher de façon définitive des questions de droit d'importance pour le public; elle deviendrait plutôt un tribunal responsable de corriger des erreurs et dont les décisions se limitent aux faits de chaque affaire. Comme le démontrent clairement les autorités examinées précédemment, le rôle de notre Cour, en tant que sommet de

notre hiérarchie judiciaire moderne, n'est pas comparable à celui de la Chambre des lords à la fin du règne de la reine Victoria.

(2) Interprété correctement, *Hutchinson* régit le présent pourvoi

[133] Compte tenu de ce qui précède, afin de déterminer la *ratio* contraignante de l'arrêt *Hutchinson*, il est nécessaire d'examiner ce que la majorité a réellement dit, ce que les juges minoritaires en ont compris et comment les tribunaux ont interprété et appliqué la conclusion finalement tirée.

- a) *Dans Hutchinson, la majorité a conclu que l'utilisation d'un condom ne constitue pas un acte sexuel visé par le par. 273.1(1)*

[134] Les termes clairs utilisés tout au long de la décision de la majorité dans *Hutchinson* confirment sa *ratio* : l'utilisation d'un condom ne fait pas partie de « l'activité sexuelle » visée au par. 273.1(1) du *Code criminel*.

[135] Aux paragraphes 2-3 et 5, la majorité a exprimé son intention de fournir des lignes directrices *larges* et *contraignantes* sur l'interprétation qu'il convient de donner au consentement au sens du par. 273.1(1) en matière d'utilisation d'un condom. Comme les passages suivants sont particulièrement révélateurs, nous les reproduisons intégralement ici :

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. [L]es juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse [ont] 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.

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?

...

Nous concluons que la première étape de l'analyse [pour décider s'il y eu consentement à une activité sexuelle] 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. [Nous soulignons; références omises.]

[136] Ces passages — dont notre collègue ne tient pas compte adéquatement — répondent entièrement au par. 90 de ses motifs, où elle adopte l'interprétation indûment restrictive de l'arrêt *Hutchinson* par le juge Groberman dans le jugement de la Cour d'appel.

[137] À l'instar du juge Groberman, notre collègue affirme que l'arrêt *Hutchinson* entérine une interprétation de « l'activité sexuelle » où les moyens de

contraception sont considérés comme des « “conditions ou [d]es caractéristiques de l’acte physique” lorsqu’[ils] ne changent pas intrinsèquement l’acte physique lui-même » et où, « lorsqu’[ils] changent l’acte physique lui-même, par exemple, l’utilisation d’un condom, [ils] peuvent tomber sous le coup de l’art. 273.1 » (par. 90). Notre collègue suggère que les juges majoritaires ont établi une distinction « qui reposait sur l’efficacité du condom » (par. 90). Mais là encore, ce n’est tout simplement pas le cas. Dans *Hutchinson*, la majorité a *expressément* conclu « 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 » (par. 41 (nous soulignons)). La tentative de notre collègue de décortiquer cette phrase de manière à étayer sa position n’est ni convaincante ni défendable (par. 93).

[138] Notre collègue exprime également le point de vue selon lequel « nulle part dans l’arrêt [*Hutchinson*] notre Cour n’aborde-t-elle l’absence totale de condom dans les circonstances où le consentement était conditionnel à son utilisation » (par. 94). Encore une fois, ce n’est clairement pas le cas. Au contraire, la majorité a déclaré dans *Hutchinson* que le droit doit traiter de façon cohérente « 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 », et a plus tard affirmé que « [l’]utilisation d’un condom efficace [. . .] ne constitue pas un acte sexuel » (par. 41 et 64). Le sabotage est de toute évidence un moyen parmi tant d’autres de contourner la condition imposée par un partenaire sexuel quant à l’utilisation d’un condom. Cependant, la Cour,

dans *Hutchinson*, ne s'est pas limitée à ce moyen en particulier. Une autre manière de rendre un condom *inefficace* consiste à l'enlever ou à ne pas le porter, malgré l'accord d'en porter un, menant ainsi à des *rappports sexuels non protégés*. C'est exactement ce qui, selon les allégations, se serait produit en l'espèce : M. Kirkpatrick, en cachant de façon trompeuse à la plaignante qu'il ne portait pas de condom, a obtenu son consentement à des rapports sexuels sans protection, malgré sa volonté explicite qu'il en porte un. De toute évidence, la majorité dans *Hutchinson* était consciente de ce scénario et avait l'intention qu'il reçoive un traitement cohérent avec celui qui est accordé au sabotage d'un condom, c.-à-d. en application de l'al. 265(3)c).

[139] En rejetant l'approche fondée sur les « caractéristiques essentielles », la majorité dans l'arrêt *Hutchinson* a opté pour une interprétation restrictive du par. 273.1(1). Ce faisant, elle a catégoriquement prohibé toute distinction entre l'utilisation d'un condom efficace et l'absence de condom. Elle a donc limité l'application de « l'activité sexuelle » à l'acte physique lui-même (par exemple les baisers, les caresses, le sexe oral, les rapports sexuels ou l'utilisation d'accessoires sexuels) (par. 54). Il s'agit encore une fois d'une réponse totale à ce que prétend notre collègue au par. 25, à savoir que « [d]eux avenues s'offrent à nous pour déterminer l'effet juridique [. . .] de l'omission de M. Kirkpatrick d'avoir porté un condom ». C'est simple : *Hutchinson* empêche fermement d'emprunter l'avenue que notre collègue propose maintenant de prendre.

- b) *Dans Hutchinson, les juges minoritaires ont compris la conclusion de la majorité selon laquelle l'utilisation d'un condom ne constitue pas un acte sexuel visé par le par. 273.1(1)*

[140] Notre collègue refuse d'examiner les motifs des juges minoritaires dans l'arrêt *Hutchinson* parce que « les juges minoritaires n'énoncent pas le droit applicable, et ce qu'ils ont dit au sujet de l'arrêt des juges majoritaires ne le fait pas non plus » (par. 95). Nous relevons trois problèmes avec cette affirmation. Premièrement, notre collègue adopte essentiellement le raisonnement des juges minoritaires dans *Hutchinson* pour réécrire la jurisprudence de notre Cour sur la question en litige. Deuxièmement, elle se penche elle-même sur l'« approche adoptée par les juges minoritaires » (qui reposait sur l'efficacité du condom) pour expliquer le « raisonnement derrière » l'interprétation donnée par la majorité quant au par. 273.1(1) (par. 90). Enfin, et avec égards, notre collègue ne saisit pas notre référence aux motifs des juges minoritaires dans ce contexte. Bien entendu, les motifs des juges minoritaires n'énoncent pas le droit applicable. En effet, comme nous le démontrons, c'est *notre collègue* qui considère les motifs des juges minoritaires dans *Hutchinson* comme régissant le présent dossier. Malgré tout, les motifs des juges minoritaires peuvent aider à clarifier la *ratio* d'une affaire, telle qu'elle est énoncée par les juges majoritaires (voir *TCF Ventures Corp. c. Cambie Malone's Corp.*, 2017 BCCA 129, 95 B.C.L.R. (5th) 346, par. 25). D'ailleurs, en l'espèce, *notre* compréhension de la *ratio* de *Hutchinson* — et non celle qu'en a *notre collègue* — est confirmée par l'opinion minoritaire rédigée dans cet arrêt. Dit simplement, la manière dont les juges minoritaires ont compris la portée des motifs majoritaires dans *Hutchinson* aide à en cerner la *ratio*.

[141] Dans ses motifs, la majorité était motivée par la volonté de maintenir une règle de démarcation très nette pour éviter la surcriminalisation, ce qui l'a amenée à conclure que l'utilisation du condom ne faisait pas partie de « l'activité sexuelle ». Elle a souligné le contraste entre cette approche et une « variante » de l'approche fondée sur les « caractéristiques essentielles » qu'ont proposée les juges minoritaires, variante qui, selon la majorité, aurait « également pour effet de criminaliser des actes qui ne devraient pas exposer leurs auteurs aux lourdes conséquences du droit criminel » (par. 44-46). Ce point de désaccord entre la majorité et les juges minoritaires dans *Hutchinson* renforce notre opinion selon laquelle notre Cour a déjà tranché la question en litige dans le présent pourvoi. En traçant une ligne de démarcation très nette entre les rapports sexuels avec un condom et « l'activité sexuelle », les juges majoritaires dans *Hutchinson* visaient précisément à soumettre *toutes* « les conditions ou les caractéristiques de l'acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises » à l'analyse relative à la fraude (par. 55).

[142] Point crucial, les juges minoritaires ont confirmé *l'effet* du raisonnement de la majorité, aux par. 97-98 :

Le nœud de notre désaccord avec [les juges majoritaires] 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 ».

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. [. . .] 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. [. . .] 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. [Nous soulignons.]

[143] Avec égards, notre collègue fait fausse route lorsqu'elle soutient que l'arrêt *Hutchinson* n'appuie pas le principe selon lequel « toutes les affaires où un condom est en cause sont exclues du champ d'application de l'art. 273.1 et qu'elles ne peuvent être traitées, le cas échéant, que lorsque les conditions de fraude sont établies » (par. 83). Elle affirme également à tort que *Hutchinson* « ne s'applique pas lorsque la personne accusée refuse de porter un condom et que le consentement de la personne plaignante était conditionnel à son utilisation » (par. 83). Il ressort clairement des passages qui précèdent que notre Cour a examiné sans équivoque cette question et l'a catégoriquement tranchée. Notre interprétation n'est pas « inutilement large » (par. 90). Elle se fonde sur les termes utilisés dans *Hutchinson*, tant dans les motifs majoritaires que dans les motifs minoritaires.

[144] Nous ajouterions simplement ceci. Il ressort de l'interprétation que fait notre collègue de l'arrêt *Hutchinson* que les juges minoritaires n'ont pas compris le véritable effet de la décision de la majorité. Il va sans dire que nous rejetons fermement toute suggestion selon laquelle trois juges de notre Cour, après avoir délibéré pendant quatre mois, auraient pu mal interpréter la position de leurs collègues de manière aussi fondamentale. Cette idée est d'ailleurs démentie par le premier paragraphe de l'opinion minoritaire, soit le par. 76, lequel reflète la compréhension qu'ont les juges minoritaires de la question fondamentale dont la Cour est saisie : des rapports sexuels avec condom constituent-ils une activité sexuelle différente des rapports sexuels « *sans condom* »? (par. 76 (en italique dans l'original)). La majorité a répondu à cette question par la négative, malgré le vif désaccord des juges minoritaires. Il s'agit, bien entendu, de la raison même pour laquelle notre collègue dit maintenant que *Hutchinson* « se distingue de la présente affaire ».

- c) *La jurisprudence ultérieure confirme que la ratio de l'arrêt Hutchinson est que l'utilisation d'un condom ne constitue pas un acte sexuel visé par le par. 273.1(1)*

[145] Comme l'a fait remarquer le juge R. J. Sharpe (dans un texte extrajudiciaire), [TRADUCTION] « la réponse à la question “Qu'est-ce qui est décidé dans une affaire?” est habituellement “Seul l'avenir le dira” » (*Good Judgment : Making Judicial Decisions* (2018), p. 152). En effet, ce n'est que [TRADUCTION] « par l'entremise de la méthode axée sur les faits propre à la common law que nous déterminons la valeur de précédent d'une décision antérieure » (p. 152).

[146] En l'espèce, le temps *a fait* son œuvre. Le traitement judiciaire réservé à l'arrêt *Hutchinson* (à l'exception des motifs de notre collègue) balaie tout doute qui aurait pu, d'une manière ou d'une autre, subsister quant à la portée de la décision. Notre collègue affirme que « les principes fondamentaux d'interprétation [statutaire] et du droit en matière de consentement appuient la proposition sensée voulant que les rapports sexuels avec un condom soient une activité sexuelle différente des rapports sexuels sans condom » (par. 75). Ceci est tout simplement juridiquement faux. Notre collègue ne cite aucune autorité à l'appui de cette proposition « sensée ». De plus, elle fait fi d'une vaste jurisprudence convaincante affaiblissant cette proposition.

[147] *De nombreuses* décisions de cours d'appel confirment que l'analyse en deux étapes établie dans *Hutchinson* est valable et réaffirment que « l'activité sexuelle » se limite à l'acte sexuel physique spécifique, à sa nature sexuelle et à l'identité du partenaire sexuel. D'autres conditions, telles que l'utilisation d'un condom ou les maladies transmissibles sexuellement ne font pas partie de cette définition (voir, p. ex., *R. c. A.E.*, 2021 ABCA 172, 466 D.L.R. (4th) 226, par. 24 et 65-66; *R. c. Brar*, 2021 ABCA 146, 23 Alta. L.R. (7th) 1, par. 27-29; *R. c. P.D.C.*, 2021 ONCA 134, 401 C.C.C. (3d) 406, par. 73; *R. c. Nauya*, 2021 NUCA 1, par. 12 (CanLII); *R. c. G. (N.)*, 2020 ONCA 494, 152 O.R. (3d) 24, par. 53-54; *R. c. Capewell*, 2020 BCCA 82, 386 C.C.C. (3d) 192, par. 51 et 64; *R. c. Kwon*, 2020 SKCA 56, 386 C.C.C. (3d) 553, par. 27-28; *R. c. Percy*, 2020 NSCA 11, 61 C.R. (7th) 7, par. 110-111; *Charest c. R.*, 2019 QCCA 1401, par. 99 (CanLII); *R. c. Al-Rawi*, 2018 NSCA 10, 359 C.C.C. (3d) 237, par. 68; *P. (P.) c. D. (D.)*, 2017 ONCA 180, 409 D.L.R. (4th) 691, par. 76).

[148] Dans plusieurs de ces arrêts, l'expression « acte sexuel physique » est retenue et utilisée pour décrire un *type* d'acte sexuel, et non l'utilisation d'un condom, ce qui renforce notre interprétation de la *ratio* de *Hutchinson*. Par exemple, dans *P. (P.) c. D. (D.)*, le demandeur a cru à tort que sa partenaire prenait des contraceptifs oraux pour finalement s'apercevoir qu'elle était devenue enceinte de lui. Le juge Rouleau de la Cour d'appel de l'Ontario a ainsi décrit la *ratio* de *Hutchinson* : [TRADUCTION] « Dans *Hutchinson*, la majorité a estimé que la présence ou l'absence d'un condom lors de rapports sexuels n'a pas d'incidence sur l'“acte sexuel physique spécifique” auquel le plaignant a consenti, à savoir les rapports sexuels, mais constitue plutôt une “condition accessoire” à cette activité sexuelle » (par. 81, citant *Hutchinson*, par. 67).

[149] De même, dans *A.E.*, une affaire portant sur une agression sexuelle brutale alléguée par la plaignante, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que la *ratio* de l'arrêt *Hutchinson* était que [TRADUCTION] « l'expression “activité sexuelle” doit être interprétée de manière restrictive — de manière à faire référence essentiellement à l'acte physique en cause — et ne vise pas les conditions ou les caractéristiques de l'acte, telles les mesures contraceptives qui sont prises ou la présence de MTS » (par. 65). En appel, notre Cour, dans des motifs prononcés oralement, a validé cette approche restrictive.

[150] Enfin, dans *G. (N.)*, l'appelant portait un condom, mais n'a pas révélé sa séropositivité à ses partenaires sexuels. La juge Fairburn de la Cour d'appel de

l'Ontario (maintenant juge en chef adjointe de cette cour) a, au par. 53, expliqué en ces termes l'expression « l'activité sexuelle » :

[TRADUCTION] . . . tel qu'il est énoncé aux par. 55 et 57 de l'arrêt *Hutchinson*, et tel qu'il a récemment été confirmé au par. 88 de l'arrêt *Barton*, le consentement vise "l'activité sexuelle", laquelle englobe "l'acte sexuel physique spécifique", "la nature sexuelle de l'activité" et "l'identité du partenaire". Il ne vise toutefois pas "les conditions ou les caractéristiques de l'acte physique, telles [. . .] la présence de maladies transmissibles sexuellement". [Références omises.]

(Citant la conclusion de la juge Bennett de la Cour d'appel en l'espèce (2020 BCCA 136, 63 C.R. (7th) 338, par. 89).)

[151] En effet, la *propre* jurisprudence de notre Cour en matière d'agression sexuelle qui a suivi l'arrêt *Hutchinson* s'accorde avec le libellé clair de la décision, comme l'ont compris les juges minoritaires dans *Hutchinson* et les cours d'appel dans tout le pays.

[152] Dans *R. c. Barton*, 2019 CSC 33, [2019] 2 R.C.S. 579, le juge Moldaver a conclu que le consentement « vise [. . .] l'"activité sexuelle" », ce qui « ne vise pas "les conditions ou les caractéristiques de l'acte physique, telles les mesures contraceptives qui sont prises" » (par. 88, citant *Hutchinson*, par. 55 et 57).

[153] Dans *R. c. Goldfinch*, 2019 CSC 38, [2019] 3 R.C.S. 3, la juge Karakatsanis a cité le par. 27 de l'arrêt *Hutchinson* à l'appui de la proposition selon laquelle « chaque acte sexuel » doit faire l'objet d'un consentement communiqué (par. 44). Cette citation est digne de mention. Le paragraphe 27 de *Hutchinson* explique l'historique législatif

en ce qui a trait aux modifications apportées à la définition de « consentement » au par. 273.1(1) du *Code criminel*, et conclut avec la remarque suivante : « 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 » (nous soulignons).

[154] Nous nous arrêtons ici pour attirer brièvement l’attention sur la mention que fait notre collègue, au par. 96, des critiques formulées par divers intervenants dans ce pourvoi à l’égard du raisonnement suivi par la majorité dans l’arrêt *Hutchinson*. Notre collègue affirme que, si *Hutchinson* est interprété comme nous disons qu’il doit l’être — c.-à-d. comme excluant l’utilisation du condom de l’analyse relative au consentement au par. 273.1(1) —, cette interprétation aurait « pour effet de restreindre radicalement la portée et l’importance fondamentale du consentement visé à l’art. 273.1, et ce, d’une manière tout à fait incompatible avec la jurisprudence de notre Cour sur le consentement qui l’a précédé ou qui l’a suivi ». Elle propose une interprétation de la portée de l’arrêt *Hutchinson* qui le soustrait aux critiques soulevées par divers intervenants en l’espèce et par certains auteurs. Avec égards, ce raisonnement est erroné pour deux raisons.

[155] Premièrement, les critiques visant l’arrêt *Hutchinson* invoquées par la Couronne et certains intervenants appuient notre interprétation de cette décision, et non celle de notre collègue. En effet, il ressort des observations et des articles en question

un quasi-consensus sur le fait que *Hutchinson* a catégoriquement exclu l'utilisation du condom de la définition de l'expression « l'activité sexuelle » au par. 273.1(1). Pour ne donner qu'un exemple, les professeures L. Gotell et I. Grant, citées par la Couronne (et par notre collègue, au par. 71), résumant ainsi la décision des juges majoritaires dans *Hutchinson* :

[TRADUCTION] La question centrale dans l'affaire *Hutchinson* était celle de savoir comment définir l'accord volontaire à « l'activité sexuelle » prévu au par. 273.1(1) du *Code criminel*. Dans *Hutchinson*, « l'activité sexuelle » consistait-elle à avoir de simples rapports sexuels vaginaux ou à avoir des rapports sexuels vaginaux avec un condom? Les juges majoritaires [. . .] ont conclu que l'activité sexuelle ne vise pas l'utilisation ou non d'un condom, et que la plaignante avait subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels, mais que son consentement avait été vicié par la fraude. Dans leur jugement minoritaire concordant, les juges Abella et Moldaver ont conclu que la plaignante n'avait pas consenti à avoir des rapports sexuels non protégés et qu'il n'était pas nécessaire de se pencher sur l'existence d'une fraude viciant le consentement. [Nous soulignons; italique dans l'original omis.]

(« Non-Consensual Condom Removal in Canadian Law Before and After *R. v. Hutchinson* » (2021), 44 *Dal. L.J.* 439, p. 454)

En termes simples, la doctrine citée dans les observations devant notre Cour démontre jusqu'à quel point l'interprétation que fait notre collègue de *Hutchinson* constitue une interprétation divergente et inédite. *Aucun* des intervenants ou des auteurs en question ne suggère que l'application de *Hutchinson* peut être limitée au « sabotage » du condom. En fait, c'est précisément en raison de sa vaste portée jurisprudentielle qu'ils critiquent l'arrêt.

[156] Deuxièmement, et de manière significative sur le plan juridique, notre collègue se méprend quant à l'opération consistant à cerner la *ratio* d'une affaire et le principe plus large du *stare decisis*. Elle semble suggérer que nous devrions interpréter la *ratio* d'une décision de manière plus restrictive, puisqu'elle prêterait autrement le flanc à la critique et devrait donc être infirmée. Plus loin dans les présents motifs, nous expliquons en détail pourquoi le fait que d'autres soient en désaccord avec un précédent donné ne justifie pas qu'il soit infirmé. Pour le moment, il suffit de dire que ce n'est assurément *pas* la manière dont le principe du *stare decisis* fonctionne. Plus précisément, notre collègue ne cite aucune autorité à l'appui de la proposition selon laquelle notre Cour peut effectivement donner une interprétation atténuée à la *ratio* d'une de ses décisions antérieures en raison de la réprobation externe. Cela n'est guère surprenant; la suggestion même est stupéfiante. Notre Cour a le devoir solennel de trancher certaines des questions de droit les plus controversées et difficiles du pays. Il est inévitable que certaines personnes soient d'avis que la Cour a rendu la « mauvaise » décision lorsqu'elle se prononce sur ces questions. Cependant, le simple fait de susciter des critiques ne constitue pas un motif valable pour redéfinir rétrospectivement une disposition législative qui a été interprétée de façon approfondie et de manière contraignante par une formation de notre Cour.

d) *Conclusion*

[157] En résumé, la *ratio* de *Hutchinson* va au-delà des faits de l'affaire. Dans cet arrêt, notre Cour a établi de manière définitive que le sens de l'expression

« l'activité sexuelle » au par. 273.1(1) exclut toute forme d'utilisation d'un condom, et pas seulement le sabotage d'un condom.

[158] Il est allégué que M. Kirkpatrick, à l'instar de l'accusé dans l'affaire *Hutchinson*, savait que la plaignante « n'aurait pas consenti à des rapports sexuels sans condom » (par. 44). Au lieu de saboter le condom, M. Kirkpatrick aurait plutôt omis de façon trompeuse, avant de pénétrer la plaignante, de lui révéler qu'il n'en portait pas. Si notre collègue avait correctement interprété *Hutchinson*, elle aurait constaté qu'elle se devait d'analyser ce scénario en application de l'al. 265(3)c). C'est l'approche que commande cet arrêt, car elle fournit une « ligne de démarcation nette et raisonnée entre les comportements criminels et les comportements non criminels » (par. 49). L'approche préconisée par notre collègue brouille cette ligne de démarcation en réintroduisant l'approche qui est basée sur la « façon dont l'acte physique s'est déroulé », approche expressément rejetée dans *Hutchinson*.

[159] Pourtant, notre collègue ne se contente pas de mal interpréter l'arrêt *Hutchinson*. Elle cherche également à le distinguer du présent dossier pour des motifs qui, avec égards, sont à la fois illogiques et incohérents. Nous expliquons maintenant pourquoi le fait de distinguer les deux affaires risque de miner les « deux notions jumelles » — la clarté et la modération — qui ont motivé les juges majoritaires dans *Hutchinson* (par. 42).

- (3) Notre collègue cherche à distinguer *Hutchinson* sur le fondement de motifs incohérents et illogiques

[160] Il est incohérent de distinguer l'arrêt *Hutchinson* en faisant une différence entre « l'absence de condom » et « des condoms sabotés », à l'instar de ce que notre collègue cherche à faire aux par. 82-98. Elle suggère qu'un condom saboté diffère de la non-utilisation d'un condom, puisque le sabotage a trait à l'efficacité d'un condom comme moyen de contraception, alors que la non-utilisation d'un condom touche à un élément de l'acte sexuel physique (par. 88 et 92-93). Aux paragraphes 25 et 101 respectivement, elle conclut donc que lorsque l'utilisation du condom est une condition du consentement, il « doit » ou « peut » faire partie de « l'activité sexuelle ». Notre collègue affirme que son interprétation « clarifi[e] le droit et [en] assur[e] la cohérence » (par. 101). Nous ne sommes pas de cet avis. Au contraire, notre collègue brouille la ligne de démarcation très nette de la criminalité établie dans *Hutchinson*.

[161] De plus, la « distinction » est illogique. Qu'un condom ne soit pas porté ou qu'un condom inefficace soit porté, le problème est fondamentalement le même : l'accusé n'a pas respecté la condition du participant à l'acte sexuel (à savoir que l'accusé porte *un condom*). Au fond, notre collègue soutient que l'arrêt *Hutchinson* régit *seulement une manière* de ne pas respecter cette condition, alors que ses motifs en l'espèce portent sur *une autre manière*. Ainsi, *une manière* donnée sera considérée comme une condition préalable à l'obtention du consentement, alors qu'*une autre manière* sera considérée comme ayant vicié le consentement obtenu auparavant. Cela crée un illogisme non souhaitable et inutile dans le droit régissant le consentement à l'activité sexuelle.

[162] Nous reconnaissons que notre collègue utilise souvent l'adjectif « efficace » pour tenter d'établir une distinction entre le présent dossier, où un condom n'a pas du tout été porté, et *Hutchinson*, où un condom saboté, et donc « inefficace », a été porté. Il s'agit cependant d'une distinction vide de sens. Notre collègue affirme que *Hutchinson* « n'a pas établi de règles obligatoires applicables à toutes les affaires postérieures où un condom est en cause » (par. 76). Elle qualifie plutôt cet arrêt d'« affaire classique de tromperie » et dit qu'il « a simplement statué que les affaires intéressant le sabotage d'un condom et la tromperie devraient être analysées en application de la disposition relative à la fraude, plutôt qu'en intégrant la question du port du condom à l'activité sexuelle » (par. 82). Cette déclaration pose, à notre avis, deux problèmes. Premièrement, nous ne voyons rien dans les faits de *Hutchinson* qui puisse, de près ou de loin, être qualifié de « classique ». Nous n'avons pas connaissance d'une jurisprudence suggérant que le fait de tromper des partenaires sexuels en utilisant une aiguille pour percer des trous dans des condoms est une pratique courante. Plutôt, notre collègue simplifie outre mesure ce que notre Cour a affirmé dans *Hutchinson*. Comme nous l'avons déjà souligné, l'une des manières évidentes de rendre un condom *inefficace* est de l'enlever furtivement ou de ne pas le porter malgré la volonté expresse du plaignant qu'il soit porté.

[163] En faisant valoir que, dans l'arrêt *Hutchinson*, la majorité ne faisait référence qu'à l'utilisation d'un condom *efficace*, notre collègue crée une incertitude inutile en droit criminel. La nouvelle norme qu'elle préconise est la suivante : des moyens de contraception peuvent être des conditions de l'acte sexuel physique

« lorsqu'[ils] ne changent pas intrinsèquement l'acte physique lui-même », mais « lorsqu'[ils] changent l'acte physique lui-même, par exemple, l'utilisation d'un condom, [ils] peuvent tomber sous le coup de l'art. 273.1 » (par. 90). Suivant cette approche, un condom troué à l'aide d'une aiguille relève du régime de *Hutchinson*, mais pas l'absence d'un condom. Comment les tribunaux devraient-ils traiter la question d'un condom dont le bout aurait été coupé? Devraient-ils accorder de l'importance à la question de savoir à quel point il a été coupé? Qu'en est-il d'un condom qui se déchire en plein milieu des rapports sexuels? Qu'arrive-t-il s'il s'enlève complètement pendant ceux-ci? Ce type de questions introduit de l'absurdité et de l'incertitude en droit, là où il n'y en avait point. C'est précisément ce résultat hautement indésirable que la majorité a voulu éviter dans *Hutchinson*. Le passage suivant des motifs de la majorité sur ce point, au par. 41, mérite d'être rappelé :

... 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.

Ainsi, selon la majorité dans *Hutchinson*, un condom inefficace équivaut à aucun condom du tout.

[164] Notre collègue défend son interprétation erronée de l'arrêt *Hutchinson* en partie au motif qu'elle « respecte le mieux les objectifs du Parlement de rechercher l'égalité et de promouvoir la dignité » en protégeant « les femmes vulnérables —

notamment les femmes qui vivent dans la pauvreté » et « les femmes racialisées » — contre le retrait non consensuel du condom (par. 56 et 61). Pourtant, elle affirme du même souffle que traiter l'utilisation du condom en application du par. 273.1(1) « ne revient pas à élargir la portée » de la disposition (par. 104). Dans les faits, notre collègue réinterprète (ou actualise) rétroactivement l'intention du Parlement d'une manière incompatible avec l'intention que la majorité avait dégagée aux par. 27-28 de *Hutchinson*. Nous le répétons : les lois ne sont pas des « arbres vivants ». L'interprétation statutaire consiste à rechercher l'intention *initiale* — il s'agit ainsi d'un examen ponctuel qui n'évolue pas ou ne change pas selon les intentions imputées par les tribunaux d'appel au Parlement qui correspondraient mieux à leurs propres préférences de politique générale. Le Parlement aurait pu modifier le par. 273.1(1) du *Code criminel* après *Hutchinson* s'il avait voulu réaliser les objectifs de « rechercher l'égalité » et de « promouvoir la dignité » que notre collègue juge déficients dans la première tentative du Parlement, et qu'elle lui attribue maintenant de façon rétroactive.

[165] De plus, avec égards, et (là encore) contrairement à la lettre et à l'esprit de l'arrêt *Hutchinson*, notre collègue ne tient pas compte du fait que son interprétation du consentement non seulement élargit l'étendue de la responsabilité criminelle, mais le fait d'une manière susceptible de nuire à l'égalité, plutôt que de la promouvoir. Dans *Hutchinson*, les juges majoritaires ont expliqué qu'il est possible que l'impératif de modération dans l'application de « l'instrument grossier que constitue le droit criminel [...] ne concord[e] pas toujours avec la protection absolue de l'autonomie sexuelle » (par. 18-19). En évitant la surcriminalisation par la modération, on reconnaît les

profondes répercussions du droit criminel sur la vie et la liberté des personnes qu'il prend au piège. Notre Cour a, à maintes reprises, reconnu que les communautés pauvres et racialisées sont disproportionnellement prises au piège par notre système de justice pénale (*R. c. Le*, 2019 CSC 34, [2019] 2 R.C.S. 692, par. 90-97; *R. c. Ahmad*, 2020 CSC 11, par. 25; *R. c. C.P.*, 2021 CSC 19, par. 88-89). De nombreux auteurs soutiennent également que les lois nord-américaines relatives à la violence sexuelle en matière criminelle [TRADUCTION] « ont contribué à la criminalisation disproportionnée des hommes racialisés, à la diminution de l'autonomie juridique et sexuelle des femmes ainsi qu'au rejet de la faute d'un problème social généralisé sur une poignée de déviants sexuels » (D. Phillips, « Let's Talk About Sexual Assault : Survivor Stories and the Law in the Jian Ghomeshi Media Discourse » (2017), 54 *Osgoode Hall L.J.* 1133, p. 1148; voir aussi D. L. Martin, « Retribution Revisited : A Reconsideration of Feminist Criminal Law Reform Strategies » (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 151; A. Gruber, « Rape, Feminism, and the War on Crime » (2009), 84 *Wash. L. Rev.* 581; I. B. Capers, « The Unintentional Rapist » (2010), 87 *Wash. L. Rev.* 1345, p. 1367; K. Bumiller, *In an Abusive State : How Neoliberalism Appropriated the Feminist Movement against Sexual Violence* (2008), p. 9-10; M. Randall, « Sexual Assault Law, Credibility, and "Ideal Victims" : Consent, Resistance, and Victim Blaming » (2010), 22 *R.F.D.* 397, p. 406-407; E. Bernstein, « Militarized Humanitarianism Meets Carceral Feminism : The Politics of Sex, Rights, and Freedom in Contemporary Antitrafficking Campaigns » (2010), 36 *Signs* 45; M. Johnston, « Sisterhood Will Get Ya : Anti-rape Activism and the Criminal Justice System », dans E. A. Sheehy, dir., *Sexual Assault in Canada : Law, Legal Practice and Women's Activism* (2012), 267,

p. 291; A. Gruber, « A “Neo-Feminist” Assessment of Rape and Domestic Violence Law Reform » (2012), 15 *J. Gender Race & Just.* 583; E. Mykhalovskiy et G. Betteridge, « Who? What? Where? When? And with What Consequences? An Analysis of Criminal Cases of HIV Non-disclosure in Canada » (2012), 27 *R.C.D.S.* 31, p. 44-46; F. Ashley, « Nuancing Feminist Perspectives on the Voluntary Intoxication Defence » (2020), 43:5 *Man. L.J.* 65; U. Khan, « Homosexuality and Prostitution : A Tale of Two Deviancies » (2020), 70 *U.T.L.J.* 283; H. Millar et T. O’Doherty, « Racialized, Gendered, and Sensationalized : An examination of Canadian anti-trafficking laws, their enforcement, and their (re)presentation » (2020), 35 *R.C.D.S.* 23).

[166] Dans l’arrêt *Hutchinson*, la majorité était manifestement consciente des préoccupations concernant un élargissement excessif du droit criminel. Elle a explicitement déclaré sa répugnance à l’idée de criminaliser des comportements ne présentant pas « le caractère répréhensible nécessaire » et « d’étendre trop largement la portée du droit criminel » (par. 53). Contrairement à ce que notre collègue affirme au par. 103-104, l’approche qu’elle propose saperait ce pilier fondamental de *Hutchinson* en élargissant l’étendue de la responsabilité criminelle dans les cas d’agression sexuelle et en contrevenant au principe de la modération. Ainsi, l’erreur du plaignant concernant l’utilisation d’un condom (p. ex., croire qu’un condom était utilisé alors que ce n’était pas le cas) serait considérée comme une violation du consentement en application du par. 273.1(1), et ce, même en l’absence de tromperie de la part de l’accusé ou de risque de préjudice pour le plaignant. Comme le juge en chef Dickson, dissident, mais non sur

ce point, l'a conclu dans *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, il n'appartient pas aux tribunaux de « donner plus d'extension à la responsabilité [criminelle], d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif » (p. 861). Avec égards, il est raisonnable de supposer que le poids de l'élargissement de la responsabilité criminelle proposé par notre collègue affectera de manière disproportionnée les mêmes collectivités vulnérables qu'elle affirme protéger.

[167] Enfin, dans ses motifs, notre collègue analyse en profondeur (par. 57-64) le problème du « furtivage » (c.-à-d. lorsque l'accusé fait semblant d'avoir mis un condom ou le retire à l'insu du partenaire). Elle semble suggérer qu'il s'agit d'une toute nouvelle question que notre Cour n'a pas examinée dans *Hutchinson*. Nous ne sommes pas d'accord. Notre collègue confond la forme avec le fond. Comme nous l'avons déjà expliqué (et comme les juges majoritaires dans *Hutchinson* l'ont affirmé au par. 41), un condom saboté équivaut à aucun condom ou à un condom qui est enlevé furtivement. Dans les deux cas, le consentement à des « rapports sexuels sans protection » est obtenu au moyen d'une tromperie, de sorte que l'analyse appropriée est fondée sur l'al. 265(3)c), et non sur le par. 273.1(1).

(4) L'interprétation erronée de l'arrêt *Hutchinson* par notre collègue constitue un renversement d'un précédent

[168] Bien que notre collègue utilise le mot « distinguer », en réalité, elle infirme l'arrêt *Hutchinson*.

[169] En effet, en décrivant le rôle jurisprudentiel de l'arrêt *Hutchinson*, notre collègue lui retire presque toute sa valeur de précédent. Cette décision, nous assure-t-elle, continuera à régir les affaires « de tromperie, par exemple, lorsqu'un condom est utilisé, mais qu'il est rendu inefficace par un acte de sabotage et de tromperie » et lorsque la personne plaignante « s'est aperçue après l'acte sexuel », mais pas pendant celui-ci, que le condom avait été saboté (par. 103 (italique omis)). Autrement dit, selon l'interprétation de notre collègue, *Hutchinson* s'appliquerait *seulement* lorsque l'accusé a percé des trous dans un condom ou, peut-être (mais nous ne savons pas), lorsqu'il a endommagé le condom d'une autre manière quelconque. Nous ne sommes pas d'accord pour dire qu'une formation divisée de notre Cour — 4 juges contre 3 — voulait que sa décision se limite à un seul ensemble bizarre de circonstances factuelles. Comme nous l'avons déjà souligné, cette interprétation indûment restrictive est manifestement incompatible avec la jurisprudence établie depuis longtemps par notre Cour concernant l'approche souple et large applicable à l'interprétation de la *ratio* de ses décisions.

[170] Cela nous amène à la section suivante de nos motifs, dans laquelle nous (1) réaffirmons l'importance du *stare decisis*, particulièrement au niveau du tribunal de dernière instance, et (2) exposons un cadre d'analyse clair servant à déterminer s'il convient d'infirmer un précédent de notre Cour. Ce cadre d'analyse est fondé sur la jurisprudence pertinente et renforcé par les principes fondamentaux du *stare decisis* en tant que pierre d'assise de notre système de justice.

## B. *Stare decisis*

[171] Comme nous l'avons vu précédemment, il n'est pas approprié de distinguer *Hutchinson*; il s'agit plutôt d'un précédent contraignant en l'espèce. En affirmant que *Hutchinson* se distingue du présent dossier, notre collègue fait défaut d'accomplir la tâche difficile consistant à décider si cette décision devrait être infirmée. La Couronne a soutenu (à titre subsidiaire) qu'elle devrait l'être. Comme nous concluons que l'arrêt *Hutchinson* ne se distingue pas de l'espèce, nous devons donc forcément décider s'il devrait être infirmé.

[172] Pour trancher cette question, il faut examiner le cadre d'analyse applicable à cette fin. Ironiquement, la jurisprudence de notre Cour concernant le renversement de ses propres précédents — le *stare decisis* horizontal — manque de clarté et de cohérence. Dans la présente section, nous examinons ce principe. Nous soulignons que le *stare decisis* est fondamental pour la stabilité juridique, la légitimité judiciaire et la primauté du droit. Ne pas en tenir dûment compte a des conséquences graves et d'une portée considérable.

[173] Premièrement, nous définissons le *stare decisis* et en exposons brièvement son historique. Deuxièmement, nous décrivons sa raison d'être. Troisièmement, nous examinons deux critiques formulées à l'égard du *stare decisis* et expliquons que ces critiques découlent non pas du fait d'appliquer le principe de façon appropriée, mais plutôt du fait de ne pas le faire. Quatrièmement, nous énonçons les circonstances dans lesquelles la Cour *doit* infirmer ses propres précédents ainsi que les facteurs qui *ne doivent pas* justifier un tel renversement. Cinquièmement, nous examinons les

différences dans l'application du *stare decisis* pour les affaires portant sur l'interprétation statutaire (comme en l'espèce), les affaires en common law et les affaires donnant lieu à des décisions constitutionnelles.

(1) Le principe du *stare decisis*

a) *Introduction et historique*

[174] L'expression *stare decisis* provient de l'expression latine *stare decisis et non quieta movere* — [TRADUCTION] « s'en tenir aux décisions antérieures et ne pas modifier ce qui a été tranché » (*Black's Law Dictionary* (11<sup>e</sup> éd. 2019), p. 2016). Selon ce principe fondamental, les juges doivent appliquer les précédents faisant autorité et trancher les affaires semblables [TRADUCTION] « de manière semblable » (T. Healy, « Stare Decisis As A Constitutional Requirement » (2001), 104 *W. Va. L. Rev.* 43, p. 56, citant le juriste anglais du 13<sup>e</sup> siècle Henry de Bracton).

[175] Les tribunaux anglais et canadiens en sont venus à considérer le *stare decisis* comme un principe rigide ne laissant aucune possibilité pour réexaminer un précédent (voir *Beamish c. Beamish* (1861), 9 H.L.C. 274; *Stuart c. Bank of Montreal* (1909), 41 R.C.S. 516). Ces tribunaux souscrivaient à la conception blackstonienne du droit qui prédominait à l'époque, à savoir que les juges ne pouvaient que découvrir le droit, et non le changer (*R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, p. 665-666; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, par. 84). Pour échapper à ce carcan historique, les tribunaux interprétaient étroitement les *ratios* des

décisions et distinguaient les précédents qu'ils n'avaient pas, selon eux, le pouvoir d'infirmer (*Henry*, par. 53).

[176] Le milieu du 20<sup>e</sup> siècle a été porteur de changement, car les tribunaux ont affirmé avoir l'autorité pour s'écarter d'un précédent. Dans une déclaration sur la pratique faite en 1966, la Chambre des lords a indiqué qu'elle pouvait s'écarter de décisions antérieures quand [TRADUCTION] « une adhésion servile à la règle du précédent pourrait conduire à une injustice dans un cas particulier, en plus de limiter indûment l'évolution normale du droit » (*Practice Statement (Judicial Precedent)*, [1966] 1 W.L.R. 1234). Notre Cour a adopté une approche plutôt semblable dans *Reference re The Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198.

[177] À l'instar des juridictions de dernière instance dans d'autres pays de common law, notre Cour a cherché, dans le cadre du principe du *stare decisis*, à mettre en balance une évolution raisonnée du droit et la raison d'être du maintien d'un précédent (voir, p. ex., *Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien c. Ranville*, [1982] 2 R.C.S. 518, p. 528-529; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 58; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania c. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Willers c. Joyce (No. 2)*, [2016] UKSC 44, [2018] A.C. 843, par. 4 et suiv.). Comme l'a déclaré la Haute Cour d'Australie :

[TRADUCTION] Aucun juge n'est autorisé à ignorer les décisions et le raisonnement de ses prédécesseurs et à arriver à ses propres conclusions comme si la jurisprudence n'existait pas, ou comme si une décision ne

faisait plus autorité dès l'ajournement d'une session. Contrairement au législateur, le juge ne peut entreprendre une réforme qui réduit à néant les décisions antérieures et les principes établis précédemment.

(*Queensland c. Commonwealth*, [1977] 139 C.L.R. 585, p. 599)

b) *Types de stare decisis : vertical et horizontal*

[178] Il existe deux types de *stare decisis* : vertical et horizontal. Le *stare decisis* vertical exige des tribunaux d'instance inférieure qu'ils suivent les décisions des juridictions supérieures, à quelques exceptions près (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42 et 44; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 44; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 26 et 41). Le *stare decisis* horizontal lie les tribunaux de juridiction équivalente d'une manière semblable, mais pas identique (Rowe et Katz, p. 17).

[179] Le *stare decisis* horizontal s'applique différemment à chaque niveau de juridiction. Plus un tribunal se situe à un niveau élevé dans la hiérarchie judiciaire, plus il dispose de latitude pour s'écarter d'un précédent. Pour infirmer un précédent, les tribunaux de première instance doivent appliquer un test plus strict que celui que doivent appliquer les cours d'appel intermédiaires (pour le principe du *stare decisis* horizontal en première instance, voir *Re Hansard Spruce Mills Ltd.*, [1954] 4 D.L.R. 590 (C.S. C.-B.); *R. c. Sullivan*, 2022 CSC 19; pour le *stare decisis* horizontal en cour d'appel intermédiaire, voir *R. c. Neves*, 2005 MBCA 112, 201 Man. R. (2d) 44, par. 100-108; *David Polowin Real Estate Ltd. c. Dominion of Canada General*

*Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161 (C.A.), par. 126-143; *Tan c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 186, [2019] 2 R.C.F. 648, par. 24-36; *Toronto Standard Condominium Corporation No. 1628 c. Toronto Standard Condominium Corporation*, 2020 ONCA 612, 454 D.L.R. (4th) 126, par. 73).

[180] Les tests du *stare decisis* horizontal en première instance et en cour d'appel intermédiaire sont différents, reflétant les rôles institutionnels de ces tribunaux. Nous n'examinerons pas le *stare decisis* dans ces contextes. Nous ferons simplement remarquer que les tests sont différents, car la majorité des décisions de première instance peuvent faire l'objet d'un appel de plein droit devant une cour d'appel, la responsabilité de celle-ci étant de corriger les erreurs de droit commises en première instance. À l'inverse, les cours d'appel intermédiaires sont souvent les tribunaux de dernier ressort. Les cours d'appel ont donc besoin d'une plus grande latitude pour s'écarter de leurs précédents que les tribunaux de première instance.

- c) *Les précédents de la Cour suprême du Canada sont régis par un type particulier de stare decisis horizontal*

[181] Les décisions de notre Cour sont différentes de celles rendues par les cours d'appel intermédiaires ou les tribunaux de première instance. Comme nous l'avons déjà souligné, les décisions que nous rendons en tant que juridiction de dernière instance nécessitent souvent [TRADUCTION] « l'élaboration de principes généraux pouvant unifier de vastes domaines du droit et fournir des lignes directrices utiles à la communauté juridique et au grand public » (Daly, p. 5). De telles lignes directrices sont

mises en œuvre dans diverses circonstances et pour une période indéfinie. Un jour, ces cadres devront peut-être être réexaminés afin de s'assurer qu'ils demeurent applicables et adaptés aux réalités sociales. Le cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal applicable à notre Cour doit ainsi tenir compte de son rôle institutionnel et de la manière dont ce rôle est lié à la raison d'être du *stare decisis*.

(2) La raison d'être du *stare decisis*

[182] Il est intéressant de réfléchir à la raison d'être du *stare decisis*. Pourquoi le *stare decisis* empêche-t-il les juges de repartir à zéro pour parvenir à leurs décisions? Quelle est sa valeur dans le système de justice canadien? Pourquoi le fait de s'en écarter a-t-il des conséquences d'une portée considérable? Comment le fait de s'en écarter confirme-t-il les critiques formulées à l'endroit de notre Cour? (Voir, p. ex., D. Parkes, « Precedent Revisited : *Carter v Canada (AG)* and the Contemporary Practice of Precedent » (2016), 10:1 *R.D. & santé McGill* S123.)

[183] Le *stare decisis* favorise : (1) la certitude et la stabilité juridiques, ce qui permet aux gens de planifier et gérer leurs affaires (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, par. 20, 270 et 281; Sharpe, p. 147); (2) la primauté du droit, de sorte que les gens sont assujettis à des règles semblables (*Vavilov*, par. 260 et 281); et (3) l'exercice légitime et efficace du pouvoir judiciaire (*Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750, p. 760-761). Nous expliquons ci-après chacune de ces raisons d'être.

a) *Certitude et stabilité juridiques*

[184] Le *stare decisis* favorise la certitude et la stabilité juridiques. Ce principe [TRADUCTION] « assure un certain ancrage de manière à ce que les [personnes] puissent commercer et organiser leurs affaires en toute confiance. Le *stare decisis* a pour effet d'enlever le caractère capricieux du droit et d'assurer la stabilité au sein d'une société » (W. O. Douglas, « Stare Decisis » (1949), 49 *Colum. L. Rev.* 735, p. 736). Le non-respect de ce principe engendre l'imprévisibilité en droit (Sharpe, p. 146). L'idée d'organiser ses affaires va au-delà de la confiance dans les activités commerciales et les planifications successorales; le *stare decisis* protège également la confiance qu'a la société dans le droit (voir, p. ex., l'analyse de la confiance accordée par la société à *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), dans *Casey*, p. 856).

b) *Primauté du droit*

[185] La primauté du droit est composée d'éléments interdépendants (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 160-170; Sharpe, p. 122-124). Le *stare decisis* est lié à l'un de ces éléments, qui exige que les affaires semblables reçoivent un traitement semblable. [TRADUCTION] « Il n'y aura pas de justice égalitaire au regard du droit si une règle relative à la négligence est appliquée en matinée, mais pas en après-midi » (Douglas, p. 736; voir aussi *Sriskandarajah c. États-Unis d'Amérique*, 2012 CSC 70, [2012] 3 R.C.S. 609, par. 18; Sharpe, p. 146).

[186] Ne pas appliquer de façon appropriée le *stare decisis* crée un droit différent dans des affaires semblables, comme il a récemment été démontré dans *R. c. Chan*, 2018 ONSC 3849, 365 C.C.C. (3d) 376. Le manque de cohérence des juges quant au respect de précédents déclarant invalide l'art. 33.1 du *Code criminel* a permis à certains accusés d'avoir accès à la défense d'automatisme, mais a empêché d'autres accusés d'y avoir accès (*Chan*, par. 51-52). Cela nuit à la primauté du droit. La possibilité d'invoquer une défense ne saurait dépendre des préférences personnelles du juge qui préside l'audience. L'application appropriée du *stare decisis* est nécessaire à l'égalité dans l'application du droit.

c) *Efficacité et légitimité judiciaires*

[187] L'autorité de la chose jugée empêche que les affaires déjà tranchées ne soient rouvertes ultérieurement. Le *stare decisis* permet d'éviter cela de façon systémique en empêchant la réouverture de principes de droit établis. Ces deux principes favorisent l'efficacité judiciaire (Congressional Research Service, « The Supreme Court's Overruling of Constitutional Precedent », 24 septembre 2018, p. 7; *Vavilov*, par. 272, les juges Abella et Karakatsanis, motifs concordants). Une telle réouverture d'affaires déjà tranchées contribue aux délais et au gaspillage des ressources judiciaires (*Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *R. c. Jordan*, 2016 CSC 27, [2016] 1 R.C.S. 631). Là encore, la décision *Chan* sert d'illustration : depuis 1998, au moins six juges en Ontario se sont penchés sur la constitutionnalité de l'art. 33.1 (voir *Chan*; *R. c. Fleming*, 2010 ONSC 8022; *R. c. Dunn*

(1999), 28 C.R. (5th) 295 (C.J. Ont. (Div. gén.)); *R. c. Jensen*, [2000] O.J. No. 4870 (QL), 2000 CarswellOnt 6489 (WL) (C.S.J.); *R. c. Decaire*, [1998] O.J. No. 6339 (QL); *R. c. Cedeno*, 2005 ONCJ 91, 195 C.C.C. (3d) 468). L'application appropriée du *stare decisis* évite l'inefficacité judiciaire et l'incertitude du droit qui y est associée.

[188] Le *stare decisis* maintient aussi la légitimité institutionnelle des tribunaux, laquelle repose sur la confiance du public que les juges tranchent les litiges en se fondant sur des principes, et non simplement sur leurs propres opinions. Le public devrait avoir confiance que le droit ne changera pas simplement parce que la composition de la formation ou de la cour qui entend une question juridique change. [TRADUCTION] « Au-delà d'un certain point, si la Cour infirme fréquemment ses décisions, sa bonne foi risque d'être mise en doute. [. . .] La Cour perdrait de sa légitimité en raison de la fréquence de ses hésitations » (*Casey*, p. 866).

[189] La légitimité ne dépend pas de l'adhésion de la population aux résultats, mais est plutôt fondée sur la confiance que les tribunaux tranchent les litiges conformément aux principes établis. Cela exige que les juges donnent effet à ces principes juridiques et ne s'en écartent que si un motif valable est établi. Ainsi, le *stare decisis* est fondamental.

### (3) Critiques visant le *stare decisis*

[190] Deux critiques intéressantes sont formulées à l'égard du *stare decisis*. La première est qu'il s'agit d'un principe intrinsèquement conservateur. La deuxième est

que les tribunaux ne respectent le *stare decisis* que lorsque le précédent contesté cadre avec leur préférence personnelle. Ces deux critiques découlent d'une application incohérente du *stare decisis* et trouvent réponse par une application appropriée de ce principe.

a) *Conservatisme intrinsèque*

[191] La professeure E. Craig écrit que le *stare decisis* est un [TRADUCTION] « concept conservateur par nature qui n'a aucune valeur intrinsèque » (« *Personal Stare Decisis, HIV Non-Disclosure, and the Decision in Mabior* » (2015), 53 *Alta. L. Rev.* 207, p. 208). Elle soutient que le principe devrait être abandonné chaque fois qu'il n'est pas conforme aux valeurs qu'il est censé soutenir. Voir aussi J. J. Arvay, S. M. Tucker et A. M. Latimer, « *Stare Decisis and Constitutional Supremacy : Will Our Charter Past Become an Obstacle to Our Charter Future?* » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 61, p. 62.

[192] Un cadre d'analyse raisonné, comme celui que nous présentons ci-après, permettra à notre Cour de réexaminer ses précédents dans de nombreuses circonstances qui, selon la professeure Craig, peuvent être nécessaires, soit lorsque le fait de suivre un précédent perpétue l'inapplicabilité ou ne tient pas dûment compte d'un changement sociétal ou juridique. De plus, notre Cour a réexaminé des précédents en de telles circonstances depuis plus de quatre décennies, sans toutefois avoir établi avec clarté et cohérence un cadre pour le faire (voir, p. ex., *Ranville*).

[193] Nous rejetons également l'idée que le *stare decisis* est intrinsèquement conservateur. Ce principe n'a pas d'orientation politique. Au contraire, l'application appropriée du *stare decisis* favorise l'évolution progressive du droit (voir, p. ex., *Dickerson c. United States*, 530 U.S. 428 (2000), p. 443, refusant de renverser *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) : [TRADUCTION] « Que nous souscrivions ou non au raisonnement de l'arrêt *Miranda* et à la règle qui en découle, si nous avons examiné la question en première instance, il demeure que le principe du *stare decisis* milite fortement contre le fait de l'infirmier maintenant. »). Le *stare decisis* exige que les juges réfléchissent sérieusement avant de réexaminer un précédent, et ce, indépendamment de la *ratio* énoncée dans la décision contestée. Le cadre d'analyse que nous établissons est très différent de la conceptualisation rigide du *stare decisis* qui avait cours au début de l'ère de l'arrêt *Beamish*. Il favorise l'évolution contemporaine du droit canadien et, appliqué adéquatement, n'ancre pas de façon inappropriée notre Cour dans le passé.

b) *Application incohérente*

[194] Certains auteurs suggèrent que les tribunaux appliquent de manière incohérente le *stare decisis* en se fondant sur leurs opinions personnelles (voir, p. ex., Parkes, p. S147; D. Stuart, Annotation to *United States of America v. Sriskandarajah* (2013), 97 C.R. (6th) 268; Congressional Research Service, analysant le *stare decisis* à la Cour suprême des États-Unis, p. 7-8). Par exemple, la professeure D. Parkes explore le lien entre le cadre d'analyse du *stare decisis* appliqué dans une affaire donnée et les opinions des juges concernant le précédent contesté en cause (p. S147-S148). La

proposition principale de ces critiques est que le *stare decisis* ne constitue pas un véritable cadre juridique, mais plutôt un concept illusoire que des tribunaux invoquent quand ils veulent confirmer la validité du droit et auquel ils évitent de recourir lorsqu'ils souhaitent le modifier.

[195] Cette critique ne concerne pas le *stare decisis* en soi. Elle met plutôt en lumière la nécessité d'établir un cadre d'analyse cohérent pour assurer la clarté et la stabilité. Nous en convenons. Le cadre que nous établissons tient compte des questions d'inapplicabilité et d'application incohérente. Ainsi, nous cherchons à répondre directement aux critiques mentionnées précédemment.

(4) Circonstances dans lesquelles notre Cour peut infirmer son propre précédent

[196] Malgré l'importance fondamentale du *stare decisis*, notre Cour n'a jamais défini clairement dans quelles circonstances elle s'écarterait d'un précédent et elle n'a pas non plus établi le cadre à appliquer pour analyser les observations où il lui est demandé de le faire. Cela crée de l'incertitude et donne lieu à des analyses au cas par cas. Les parties ne savent pas quels arguments présenter ou quels éléments de preuve produire lorsqu'elles souhaitent faire infirmer des précédents de notre Cour. Des lignes directrices sont nécessaires.

[197] À cette fin, notre analyse comporte quatre parties. Premièrement, nous expliquons les raisons pour lesquelles la jurisprudence jusqu'à présent est peu

satisfaisante. Deuxièmement, nous établissons un cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal à appliquer à l'avenir. Il s'agit d'une synthèse des thèmes communs qui ressortent d'une lecture attentive de la jurisprudence de notre Cour depuis l'entrée en vigueur de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Troisièmement, nous dégageons les facteurs qui *ne* devraient *pas*, à eux seuls, servir à infirmer un précédent. Quatrièmement, nous expliquons les différentes considérations qui s'appliquent selon que le précédent contesté concerne la common law, l'interprétation statutaire ou une question constitutionnelle.

a) *Absence de cadre d'analyse établi*

[198] Notre Cour n'a jamais établi clairement les circonstances dans lesquelles elle peut s'écarter d'un précédent. Dans certains arrêts, elle a infirmé un précédent sans aucune analyse du *stare decisis* (voir, p. ex., *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Central Alberta Dairy Pool c. Alberta (Human Rights Commission)*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54, [2003] 2 R.C.S. 504; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391). Dans d'autres, elle fait référence au *stare decisis*, mais offre peu d'indications analytiques au-delà de la nécessité d'avoir des « raisons impérieuses » (aussi appelées « motifs sérieux ») pour écarter un précédent (voir, p. ex., *Ranville*, p. 527-528; *Hamstra (Tuteur à l'instance de) c. British Columbia*

*Rugby Union*, [1997] 1 R.C.S. 1092, par. 18-19; *Henry*, par. 44; *Craig*, par. 25; *Nishi c. Rascal Trucking Ltd.*, 2013 CSC 33, [2013] 2 R.C.S. 438, par. 23).

[199] Notre Cour a parfois présenté un ensemble de facteurs non exhaustifs. Par exemple, dans l'arrêt *Bernard*, le juge en chef Dickson, dissident, a écrit que la Cour devrait tenir compte de quatre facteurs, à savoir : (1) si le précédent est conforme à la *Charte*; (2) s'il a été atténué par la jurisprudence subséquente; (3) s'il a causé de l'incertitude; et (4) si la modification proposée du droit élargirait l'étendue de la responsabilité criminelle ou serait par ailleurs défavorable à l'accusé (voir aussi *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, p. 1353; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, p. 777-778; *Fraser*, par. 134-137, le juge Rothstein, motifs concordants).

[200] Ces facteurs n'ont pas été appliqués de manière cohérente. Certains arrêts ne font pas état des facteurs; d'autres introduisent de nouveaux critères, par exemple si la décision a été rendue par une « majorit[é] clair[e] » (*Craig*, par. 24), si elle a un « caractère récent » (*Fraser*, par. 57) ou si elle a fait l'objet de critiques, notamment judiciaires et doctrinales (*Nishi*, par. 28; *Vavilov*, par. 20).

[201] Compte tenu de la disparité de la jurisprudence et de l'importance du *stare decisis*, il est nécessaire d'établir un cadre d'analyse clair et cohérent. Il est opportun pour notre Cour de le faire maintenant pour trois raisons. Premièrement, il n'existe aucun véritable précédent de notre Cour qui établit un tel cadre. Nous ne nous écartons donc d'aucun précédent; nous unifions plutôt 40 ans d'analyse non structurée dans un cadre solide. Deuxièmement, si nous nous écartons de décisions antérieures dans les

présents motifs, nous le faisons en raison de l'« inapplicabilité », dont il est question précédemment. Enfin, la raison d'être du *stare decisis* — qui est à la base du bon fonctionnement des tribunaux — doit être appliquée en pratique.

b) *Trois circonstances dans lesquelles il peut être justifié d'infirmier un précédent*

[202] Notre examen de la jurisprudence des 40 dernières années révèle que notre Cour peut, à bon droit, infirmer ses précédents dans l'une ou l'autre des circonstances suivantes :

1. La formation de la Cour qui a rendu la décision n'a pas pris en considération un précédent contraignant ou une loi pertinente (« *per incuriam* »);
2. La décision s'est révélée inapplicable (« inapplicabilité »);
3. Le fondement de la décision a été érodé par un changement sociétal ou juridique important (« érosion des fondements »).

[203] Ces trois motifs ne sont pas mutuellement exclusifs. Par exemple, un précédent dont le fondement a été érodé peut également soulever des questions d'applicabilité.

[204] La décision d'infirmier un précédent devrait demeurer discrétionnaire. Notre Cour devrait certes réexaminer ses décisions rendues *per incuriam*, mais des considérations contraires pourraient la convaincre qu'il vaut mieux confirmer la validité d'un précédent inapplicable ou dont les fondements sont érodés. Cela devrait être l'exception et être justifié.

(i) *Per incuriam*

[205] Une décision rendue *per incuriam* signifie qu'elle l'a été [TRADUCTION] « par ignorance ou oubli de l'existence [d'une] décision ou [d'une] loi » (*Police Authority for Huddersfield c. Watson*, [1947] 1 K.B. 842, p. 847). Pour faire infirmer un précédent pour ce motif, une partie doit démontrer que la Cour n'a pas pris en considération un précédent contraignant ou une loi pertinente, et que cette omission a eu une incidence sur le jugement. Le fait d'infirmier des décisions rendues *per incuriam* renforce le *stare decisis* en confirmant que des précédents contraignants ou des lois pertinentes auraient dû être suivis, mais ne l'ont pas été.

[206] Notre Cour a parfois rendu un arrêt *per incuriam* (voir l'analyse sur le précédent contesté dans *R. c. C. (T.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 1012; voir aussi *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267, p. 277-279). Cela dit, ce motif sera rarement invoqué pour infirmer une décision, et ce, pour deux raisons. Premièrement, notre Cour bénéficie des observations des parties et des intervenants, dispose généralement de deux décisions rendues par les tribunaux d'instance inférieure sur la question en litige et est dotée de processus internes rigoureux. Compte tenu de cela, il est peu probable que tous oublient

un précédent contraignant ou une loi pertinente. Deuxièmement, la norme servant à établir qu'une décision a été rendue *per incuriam* est élevée. Les parties ne doivent pas se contenter de mentionner un précédent contraignant ou une loi pertinente n'ayant pas été pris en considération dans la décision contestée. Elles doivent démontrer que le jugement aurait été différent si le tribunal avait tenu compte du précédent contraignant ou de la loi pertinente manquants (Rowe et Katz, p. 18-19; *Sullivan*, par. 77; *Walker c. Bank of Montreal*, 2017 SKCA 42, [2017] 12 W.W.R. 130, par. 25). La jurisprudence de notre Cour révèle en effet peu de décisions ayant été rendues *per incuriam*. Nous n'avons aucun doute que de telles décisions seront rares à l'avenir.

(ii) Inapplicabilité

1. *Les précédents inapplicables minent les raisons d'être du stare decisis*

[207] Un précédent inapplicable est un précédent indûment complexe ou difficile à appliquer en pratique. Cela peut prendre diverses formes. Le facteur unificateur est qu'un précédent inapplicable *mine* au moins un des objectifs que le *stare decisis* vise à atteindre (certitude juridique, primauté du droit, efficacité judiciaire). Plusieurs exemples illustrent des cas où la Cour a infirmé un précédent pour ce motif.

a. Stabilité et certitude juridiques

[208] Dans l'arrêt *Vavilov*, notre Cour a infirmé des précédents portant sur la norme de contrôle applicable aux décisions administratives, car ils n'étaient « pas clairs

et [étaient] indûment complexes » (par. 21). Les parties et les tribunaux avaient souvent de la difficulté à déterminer la norme de contrôle applicable (par. 20-21). Cela menait à des appels fréquents portant sur la norme de contrôle et son application appropriée (voir, p. ex., *Areva Resources Canada Inc. c. Saskatchewan (Minister of Energy and Resources)*, 2013 SKCA 79, 417 Sask. R. 182; *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2012 CSC 35, [2012] 2 R.C.S. 283). Le droit administratif était incertain. Le réexamen d'un précédent était ainsi justifié dans ces circonstances afin de « promouvoir les valeurs qui sous-tendent la règle du *stare decisis* » en rendant le droit plus « certain, cohérent et facile à appliquer à l'avenir » (*Vavilov*, par. 22).

[209] Dans l'arrêt *Ranville*, p. 526-528, la Cour a réexaminé la notion de « *persona designata* » qui était alors source de confusion, puisque les tribunaux avaient de la difficulté à l'utiliser en pratique. Étant donné que « suivre le principe du *stare decisis* créerait plus d'incertitude que de certitude », la Cour a choisi d'opérer un revirement jurisprudentiel (p. 528).

[210] Dans l'arrêt *Henry*, la Cour a infirmé en partie un précédent portant sur l'art. 13 de la *Charte* puisque les tribunaux et les jurys avaient de la difficulté à appliquer un cadre d'analyse « inutilement et indûment complexe et formaliste » (par. 45, citant *Bernard*, p. 859; voir aussi par. 42-44).

[211] Dans l'arrêt *Nishi*, par. 24-28, notre Cour a refusé d'infirmé certains précédents, puisque les parties n'avaient pas démontré que le droit était incertain. Au

contraire, les précédents offraient « une certitude et une prévisibilité » au droit (par. 28). Il n'y avait donc aucune raison impérieuse de les infirmer.

[212] Dans l'arrêt *Teva Canada Ltée c. TD Canada Trust*, 2017 CSC 51, [2017] 2 R.C.S. 317, les juges majoritaires ont refusé de renverser des précédents puisqu'ils avaient « servi le milieu des affaires pendant 40 ans sans susciter de doléances majeures » (par. 67). En revanche, les juges dissidents les auraient infirmés, car, selon eux, les suivre perpétuerait une incertitude juridique : les précédents étaient « inutilement vagues et complexes » et « affaibli[ssaient] la certitude, les tribunaux s'efforçant [de les] appliquer » (par. 141-146). Il convient de noter que les juges majoritaires et les juges dissidents divergeaient d'opinion sur la question de savoir si les précédents avaient causé de l'incertitude.

b. Primauté du droit

[213] La Cour peut infirmer des précédents si, au lieu d'établir un cadre d'analyse raisonné, ils ont pour effet de miner la primauté du droit en rendant le droit indéterminé et sujet aux préférences personnelles des juges. L'arrêt *Jordan* offre un exemple. Dans cet arrêt, notre Cour a infirmé *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, parce que les tribunaux d'instance inférieure n'appliquaient pas de manière cohérente le cadre d'analyse relatif à l'al. 11b) établi dans *Morin* (voir, p. ex., la décision d'écarter un arrêt des procédures dans *R. c. Stilwell*, 2014 ONCA 563, 313 C.C.C. (3d) 257). L'application de l'al. 11b) était devenue « une sorte de coup de dé » (*Jordan*, par. 32). Les droits de l'accusé garantis par l'al. 11b) dépendaient en grande partie de l'opinion du juge saisi de

l'affaire, plutôt que d'un cadre d'analyse appliqué de manière cohérente. Cela minait la primauté du droit.

[214] Dans l'arrêt *Bernard*, le juge en chef Dickson, dissident, aurait infirmé un précédent, car son cadre d'analyse classait les infractions d'une manière « *ad hoc* au résultat imprévisible », de sorte qu'il était difficile pour les personnes accusées de savoir quels moyens de défense pouvaient être invoqués (p. 858-860).

[215] Dans l'arrêt *R. c. Kapp*, 2008 CSC 41, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 21-22, la Cour a, dans les faits, infirmé un précédent qui portait sur l'art. 15 de la *Charte* et qui faisait de la « dignité humaine » le fondement d'un test juridique, et ce, parce qu'il s'agissait d'une notion abstraite et subjective qui n'était pas appliquée de manière constante. Cela rendait indéterminée la portée du droit garanti à une partie demanderesse en vertu de l'art. 15 de la *Charte*.

c. Efficacité judiciaire

[216] La Cour peut renverser des précédents qui sont inutilement complexes ou lourds. De telles décisions drainent inutilement les ressources judiciaires. Par exemple, l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, a changé le droit relatif au témoignage de complices, puisque des détails techniques du cadre d'analyse existant créaient des inefficacités judiciaires (p. 817-818 et 824-825). Les tribunaux d'instance inférieure et les jurys avaient de la difficulté à appliquer ce cadre, et de nombreux appels portaient sur certains aspects complexes du droit applicable. Il en résultait que

ce qui était une proposition simple et conforme au bon sens — à savoir qu’il faut se méfier du témoignage de complices — était « devenu un domaine du droit difficile et extrêmement formaliste » qui exigeait inutilement trop de temps des tribunaux (p. 825-826). Dans ces circonstances, il convenait de s’écarter du *stare decisis* pour favoriser l’efficacité judiciaire.

## 2. *Démontrer l’inapplicabilité*

[217] Les parties qui cherchent à infirmer un précédent au motif qu’il est inapplicable doivent démontrer qu’il mine les objectifs du *stare decisis*. Il ne leur suffit pas d’affirmer simplement, comme l’a fait la Couronne en l’espèce, qu’un précédent a été appliqué de manière [TRADUCTION] « inégale et imprévisible », crée de « l’incertitude » ou est incohérent sur le plan théorique (transcription, p. 53, 59 et 83).

[218] L’arrêt *Jordan* est instructif sur ce point. À l’appui de son intervention visant à obtenir des précisions sur le cadre d’analyse établi dans *Morin*, l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique a invoqué de nombreuses décisions où avait été refusée une réparation fondée sur l’al. 11b), [TRADUCTION] « même à l’égard d’un délai bien au-delà de celui dont il était question dans *Morin* » (voir m. interv., *Jordan*, par. 18, note 35). L’intervenante Criminal Lawyers’ Association (Ontario) a adopté une approche semblable dans son mémoire, par. 8-9, présenté dans *Jordan*. Ces observations *démontraient* l’inapplicabilité, plutôt que simplement l’affirmer.

### (iii) Érosion des fondements

[219] Notre Cour s'écarte également de précédents lorsque des changements fondamentaux minent leur logique. Cela peut se produire de deux façons, soit par : (1) un changement sociétal (p. ex., un changement social, économique ou technologique dans la société canadienne), ou (2) un changement juridique, comme des modifications constitutionnelles (p. ex., l'adoption de la *Charte*), ou un changement juridique progressif, lorsqu'une jurisprudence subséquente « atténue » un précédent.

[220] Un tel changement doit être important et durable. Il prend habituellement des années, voire des décennies, à se produire. Des tendances éphémères ou des changements temporaires ne suffiront pas. De plus, le changement doit se produire *après* que la décision qui constitue le précédent a été rendue.

[221] Notre Cour peut à bon droit infirmer un précédent érodé. Cela s'explique en raison des valeurs qui sous-tendent le *stare decisis*, lesquelles ne sont pas les seules que le système juridique est censé promouvoir. Une adhésion stricte aux précédents basée uniquement sur leur applicabilité mènerait à un système juridique stagnant : pendant de nombreuses années, [TRADUCTION] « la common law d'Angleterre » considérait les femmes comme n'étant « pas en général [. . .] capables d'exercer des fonctions publiques » (*De Souza c. Cobden*, [1891] 1 Q.B. 687 (C.A.), p. 691). Une telle règle aurait certes pu demeurer « applicable », mais le droit doit évoluer en même temps que le pays (Sharpe, p. 159). Bien que notre système de justice doive conserver un degré élevé de certitude et de stabilité, il doit aussi être juste et tenir compte des besoins de la société canadienne contemporaine.

1. *Changement sociétal (social, économique, technologique)*

[222] Notre Cour peut infirmer une de ses décisions quand un changement fondamental des conditions sociétales mine la logique de la décision. Ces changements rendent les préoccupations qui sous-tendaient cette décision théoriques ou incompatibles avec les normes sociétales contemporaines (*Sriskandarajah*, par. 19). Ils peuvent revêtir plusieurs formes : (i) sociale, (ii) économique, ou (iii) technologique.

[223] Nous donnons des exemples de précédents ayant été infirmés en raison d'un changement sociétal dans chacune de ces trois catégories. Ce faisant, nous ne prétendons pas que ces catégories sont mutuellement exclusives; un changement sociétal peut très bien se manifester à travers plus d'une catégorie à la fois. Peu importe la manière dont il est défini toutefois, ce changement doit refléter des évolutions *larges et fondamentales* dans la société afin d'ébranler la logique d'un précédent.

a. Changement social

[224] Notre Cour peut infirmer un précédent lorsque les considérations sociales sur lesquelles reposait la décision ne sont plus pertinentes. Dans *Tolofson c. Jensen*, [1994] 3 R.C.S. 1022, la Cour a infirmé *McLean c. Pettigrew*, [1945] R.C.S. 62, parce que les préoccupations sociales à la base de cet arrêt s'étaient dissipées. *McLean* avait entériné une règle de droit international privé qui permettait à une partie d'appliquer la loi de sa province d'origine à des fautes commises dans une autre province (p. 69-70). La règle énoncée dans *McLean* émanait de l'Angleterre du 19<sup>e</sup> siècle. La décision était

fondée en partie sur deux « considérations sociales » (*Tolofson*, p. 1053). Premièrement, l'Angleterre était une puissance coloniale. À l'époque, elle ne se souciait guère d'étendre l'application de son droit à des pays étrangers. Deuxièmement, prouver le droit étranger devant les tribunaux anglais soulevait des problèmes pratiques parce que le transport et la communication étaient difficiles.

[225] Ces préoccupations n'étaient plus des préoccupations convaincantes lorsque l'arrêt *Tolofson* a été rendu (p. 1053). L'information pouvait être communiquée assez facilement et le point de vue de la société sur les relations internationales avait évolué de manière à favoriser la courtoisie et la souveraineté. Il n'y avait donc « aucune raison sérieuse » de suivre *McLean* (p. 1050-1054).

[226] *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, a infirmé *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, parce que la décision contestée perpétuait des inégalités qui n'étaient plus acceptables dans la société canadienne. Dans *Bliss*, la Cour avait conclu qu'une loi qui privait les femmes enceintes du droit de recevoir certaines prestations d'assurance-chômage n'était pas discriminatoire à l'égard de ces femmes sur la base de leur sexe. La Cour avait estimé que la loi constituait de la discrimination fondée sur la grossesse, et non sur le sexe, car elle traitait les femmes différemment du fait qu'elles étaient enceintes, et non pas qu'elles étaient des femmes. Or, à mesure que les femmes ont intégré le marché du travail et qu'elles ont souffert du désavantage confirmé dans *Bliss*, les mentalités ont changé. Il est devenu évident qu'il était illogique d'établir une distinction entre la grossesse et le

sexe et que cela permettait aux employeurs de faire preuve de discrimination envers les femmes. Le juge en chef Dickson a conclu que « maintenant on ne pourrait plus rendre le même arrêt » parce qu'il allait à présent « de soi » que les femmes enceintes ne devraient pas subir un désavantage économique ou social (p. 1243). La société avait changé et le *stare decisis* n'exigeait pas la perpétuation de pratiques discriminatoires (p. 1243-1244).

[227] Dans l'arrêt *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283, notre Cour a infirmé, dans les faits, des précédents portant sur les cas dans lesquels le Canada pouvait extraditer des personnes passibles de la peine de mort. Elle a justifié ce changement en partie par l'évolution de l'opinion de la société au sujet de la peine capitale. Dans *Burns*, la Cour a conclu que la forte aversion des Canadiens à l'égard de la peine de mort et le nombre croissant de preuves démontrant que les déclarations de culpabilité erronées étaient plus fréquentes qu'on ne l'avait déjà cru justifiaient de modifier le droit (par. 76-77 et 95-117).

b. Changement économique

[228] Notre Cour peut infirmer un précédent si un changement économique a une incidence sur les préoccupations qui sous-tendent la décision. L'arrêt *Hamstra* a infirmé *Bowhey c. Theakston*, [1951] R.C.S. 679, en raison de la grande augmentation de la couverture d'assurance au Canada. L'arrêt *Theakston* obligeait les juges à libérer les jurés s'ils prenaient connaissance de renseignements indiquant qu'un défendeur était assuré (*Hamstra*, par. 11-12). Cette règle visait à protéger l'intégrité du procès,

car on craignait que les jurés favorisent la partie demanderesse s'ils avaient connaissance de l'existence d'une couverture puisque l'assureur paierait les dommages-intérêts octroyés (par. 11-12). Toutefois, au moment où *Hamstra* a été rendu, les Canadiens savaient que de nombreux défendeurs avaient une assurance, surtout dans le domaine automobile (par. 19). Par conséquent, « le raisonnement qui sous-tend la [vieille] règle n'[était] plus valide » et la Cour a infirmé *Theakston* (*Hamstra*, par. 19).

c. Changement technologique

[229] Notre Cour peut infirmer un précédent si un changement technologique a une incidence sur les préoccupations qui sous-tendent la décision. Dans l'arrêt *Deacon c. The King*, [1947] R.C.S. 531, elle a adopté la règle orthodoxe selon laquelle les parties pouvaient utiliser les déclarations antérieures incompatibles d'un témoin seulement dans le but d'attaquer la crédibilité de celui-ci (*Deacon*, p. 534). Le fondement de cette règle était que la plupart des déclarations extrajudiciaires n'étaient pas fiables et ne pouvaient être évaluées de façon appropriée puisque le juge des faits ne pouvait observer le comportement du témoin (voir *B. (K.G.)*, p. 792).

[230] Dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour s'est appuyée sur l'utilisation d'un enregistrement vidéo pour justifier la modification de la règle de droit relative aux déclarations antérieures incompatibles. Elle a estimé que « le fondement de la règle orthodoxe » adoptée dans l'arrêt *Deacon* avait été « amoindri [. . .] par les changements des méthodes de preuve et de démonstration dans le procès moderne » — à savoir,

l'accès facile à l'enregistrement vidéo (p. 780-781). Ainsi, le juge des faits pouvait évaluer le comportement du témoin, ce qui répondait à certaines des préoccupations relatives au oui-dire qui sous-tendaient *Deacon*. L'arrêt *B. (K.G.)* a infirmé *Deacon* et a créé une nouvelle règle : dans des circonstances limitées, par exemple lorsque la déclaration est enregistrée sur bande vidéo, la déclaration antérieure incompatible d'un témoin non accusé pourrait être utilisée pour établir la véracité de son contenu.

2. *Démontrer les changements sociétaux qui justifient d'infirmier un précédent*

[231] Tout comme les parties qui cherchent à infirmer un précédent sur la base de son inapplicabilité doivent *démontrer* qu'il est inapplicable, celles qui cherchent à infirmer un précédent sur la base d'un changement sociétal doivent démontrer un tel changement. Dans *Burns*, les parties ont présenté des éléments de preuve démontrant que les déclarations de culpabilité erronées sont plus fréquentes qu'on ne le croyait, que les détenus subissent un grave traumatisme psychologique dans le couloir de la mort et que les opinions sur la peine capitale avaient changé. Grâce à ces éléments de preuve, les parties *ont démontré* un changement sociétal, au lieu de simplement l'affirmer.

[232] Il est de loin préférable que de tels éléments de preuve soient présentés en première instance, où ils peuvent faire l'objet d'un examen approfondi. Les juges de première instance entendent un nombre élevé de causes et développent une expertise dans l'évaluation des témoignages et autres éléments de preuve (*R. c. Suter*, 2018 CSC

34, [2018] 2 R.C.S. 496, par. 164, le juge Gascon, dissident en partie, mais non sur ce point; R. D. Gibbens, « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates' Q.* 445, p. 446, cité dans *Housen*, par. 14). Si les parties cherchent à contester un précédent en première instance sur le fondement du cadre d'analyse relatif au *stare decisis* vertical énoncé dans *Bedford* et *Carter*, nous nous attendons à ce qu'il y ait un dossier de preuve complet sur les changements sociétaux. Cependant, si la preuve n'est pas présentée en première instance, il faut alors qu'une partie demande à produire de nouveaux éléments de preuve devant la Cour d'appel, où celle-ci pourra les évaluer. En dernier recours, notre Cour peut décider d'admettre de nouveaux éléments de preuve lorsque les parties tentent de démontrer un changement sociétal comme motif permettant d'infirmier un précédent. Nous tenons à souligner que les parties devraient déposer une demande en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve, plutôt que d'enterrer ceux-ci dans des articles de doctrine et dans les notes en bas de page de leur mémoire. Les parties adverses devraient avoir la possibilité de répondre à de telles demandes et de planifier leurs arguments en conséquence.

### 3. *Changement juridique*

[233] La Cour a infirmé des précédents quand un changement juridique a miné les fondements de la décision. Un changement juridique peut découler de modifications constitutionnelles, en particulier l'adoption de la *Charte*, ou du prononcé de décisions subséquentes « atténuant » le précédent (voir, p. ex., *R. c. Tutton*, [1989] 1 R.C.S. 1392, p. 1410-1411, la juge Wilson, motifs concordants; *Bernard*, p. 855-856, le juge en chef

Dickson, dissident, mais non sur ce point; *R. c. Hynes*, 2001 CSC 82, [2001] 3 R.C.S. 623, par. 116 et 119, le juge Major, dissident, mais non sur ce point; *Nishi*, par. 24; *R. c. Alex*, 2017 CSC 37, [2017] 1 R.C.S. 967, par. 95, le juge Rowe, dissident, mais non sur ce point).

[234] La nécessité de réexaminer les précédents qui entrent en conflit avec la Constitution est évidente : voir *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683 (infirmant *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330, sur la défense d'intoxication, car incompatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et injustifié au regard de l'article premier); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 (infirmant *Robertson and Rosetanni c. The Queen*, [1963] R.C.S. 651, sur le sens de « liberté de religion »); *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613 (infirmant *Chromiak c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 471, sur le sens de « détention »).

[235] En revanche, il est plus difficile de définir le moment où des décisions subséquentes ont suffisamment « atténué » un précédent pour justifier de le renverser. On retrouve dans la jurisprudence un thème commun qui justifie de s'écarter d'un précédent : lorsqu'il repose sur des principes ou donne effet à des objectifs incompatibles avec ceux qui sous-tendent les décisions subséquentes de la Cour.

[236] Dans *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, la Cour a infirmé des arrêts portant sur l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et sur l'art. 16 de la *Charte* qui ne favorisaient pas les collectivités de langue officielle et leur culture (par. 16-25), ce

qui était incompatible avec des décisions subséquentes ayant souligné l'importance d'interpréter largement les droits linguistiques (par. 17-21).

[237] *Brooks* a infirmé *Bliss* notamment parce que cet arrêt était incompatible avec l'approche contemporaine d'interprétation des lois sur les droits de la personne (p. 1244-1246).

[238] *Hamstra* a infirmé *Theakston* notamment parce que son scepticisme à l'égard des jurés a été ébranlé par la jurisprudence subséquente qui a réaffirmé la confiance accordée aux jurés (par. 15-17, 23 et 25).

[239] *B. (K.G.)* a infirmé *Deacon* notamment parce que cet arrêt avait été atténué par des décisions subséquentes qui prévoyaient une approche plus souple en matière de ouï-dire (p. 780).

[240] Dans *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, p. 704-709, un précédent interprétant l'étendue des pouvoirs fédéraux sur les chemins de fer a été infirmé parce qu'il était incompatible avec la jurisprudence ultérieure relative au par. 92(10), laquelle mettait en garde contre le fait d'interpréter de façon trop large une compétence fédérale exclusive.

[241] Dans *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, par. 70-71 et 94, un précédent a été infirmé parce qu'il était incompatible avec les principes du droit maritime énoncés dans des décisions subséquentes.

4. *Faire la démonstration que des changements apportés au droit justifient de renverser un précédent*

[242] Bien que notre Cour puisse décider d'infirmier un précédent s'il est démontré que celui-ci est inapplicable ou que ses fondements sont érodés, cette décision devrait demeurer discrétionnaire. Deux facteurs devraient orienter l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[243] Premièrement, la Cour devrait se demander si le fait de renverser un précédent entraînerait un changement imprévisible. Dans de telles circonstances, il est préférable que le changement soit apporté par le législateur, plutôt que par les tribunaux. Le législateur est mieux à même d'étudier et d'évaluer les coûts et les avantages d'un changement juridique important (*Watkins*, p. 760-764; *R. c. Hawkins*, [1996] 3 R.C.S. 1043, par. 42-51; *R. c. Hodgson*, [1998] 2 R.C.S. 449, par. 29; *Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.*, 2000 CSC 34, [2000] 1 R.C.S. 842, par. 48-52). Notre Cour a suivi ce raisonnement pour confirmer la validité de règles de common law potentiellement désuètes (voir *Hodgson*). On peut appliquer un raisonnement similaire de manière plus large pour confirmer la validité de précédents inapplicables ou érodés en attendant une réforme législative.

[244] Deuxièmement, la Cour devrait garder à l'esprit la question de savoir si le fait d'infirmier un précédent aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle (voir, p. ex., *B. (K.G.)*, p. 781-783; *R. c. Prokofiew*, 2012 CSC 49, [2012] 2 R.C.S. 639, par. 66, le juge Fish, dissident, mais non sur ce point). Comme les changements

apportés au droit par les décisions judiciaires ont un effet rétroactif, infirmer un précédent qui limitait ou circonscrivait la responsabilité criminelle aurait concrètement pour effet de criminaliser une conduite qui n'était antérieurement pas punissable (*Bernard*, p. 860-861). Cela est incompatible avec l'exigence fondamentale en droit criminel que les gens sachent ce qui constitue une conduite punissable et ce qui ne l'est pas. Punir « une personne pour un acte dont elle ne pouvait raisonnablement savoir qu'il était criminel est digne de l'univers kafkaïen et va à l'encontre de notre conception de la justice » (*R. c. Mabior*, 2012 CSC 47, [2012] 2 R.C.S. 584, par. 14). Par conséquent, seul le Parlement est autorisé à élargir l'étendue de la responsabilité criminelle, et il doit généralement le faire de manière prospective (voir *R. c. D.L.W.*, 2016 CSC 22, [2016] 1 R.C.S. 402, par. 57, citant *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517; *Charte*, al. 11g) et 11i)). La Cour devrait éviter d'infirmer un précédent lorsqu'elle outrepassé ainsi son rôle institutionnel, surtout de cette façon.

c) *Facteurs qui ne devraient pas servir à infirmer un précédent*

[245] Notre cadre d'analyse n'énonce pas tous les facteurs qu'a déjà mentionnés la Cour pour décider s'il y a lieu d'infirmer un précédent. Si certains de ces facteurs sont implicites dans notre cadre d'analyse, d'autres ne le sont pas. Il en est ainsi parce qu'ils ne sont pas pertinents en qui a trait aux objectifs du *stare decisis*, comme nous l'avons déjà mentionné. À cet égard, nous examinons cinq facteurs et leur pertinence à l'égard du *stare decisis* horizontal : (1) les critiques judiciaires ou doctrinales; (2) les différences avec la jurisprudence étrangère; (3) la question de savoir si une décision est

manifestement « erronée »; (4) l'âge du précédent; et (5) la question de savoir si une décision a été rendue par une « forte » majorité.

(i) Critiques judiciaires ou doctrinales

[246] Comme nous l'avons déjà indiqué, le fait qu'une décision fasse l'objet de critiques judiciaires ou doctrinales ne constitue pas, en soi, une raison de l'infirmier. De telles critiques peuvent être pertinentes, mais seulement dans la mesure où elles démontrent que la décision a été rendue *per incuriam*, qu'elle est inapplicable ou que ses fondements sont érodés.

[247] Permettre que la critique, en tant que concept aux limites non définies, justifie le réexamen d'un précédent reviendrait à soumettre des principes à l'opinion populaire. Notre Cour a rendu, et rendra sans aucun doute dans le futur, des décisions avec lesquelles d'autres seront en désaccord. La doctrine et les débats contribuent à l'évolution du droit. Cependant, la force de précédent ne saurait reposer sur la popularité. Le *stare decisis* constitue un élément fondamental de la légitimité du pouvoir judiciaire. Notre Cour ne peut infirmer un précédent simplement parce que de nombreuses voix, même bien informées, expriment leur désaccord avec nos décisions (*Vavilov*, par. 274, les juges Abella et Karakatsanis, motifs concordants).

[248] Cela dit, les critiques judiciaires ou doctrinales d'un précédent peuvent être très convaincantes lorsqu'elles démontrent que le précédent a été rendu *per incuriam*, qu'il est inapplicable ou que ses fondements sociétaux ou juridiques sont érodés. Dans

de telles circonstances, la Cour peut fort bien infirmer un précédent pour ces motifs, mais non en raison de la *seule existence* de ces critiques.

[249] Les juges de première instance sont particulièrement bien placés pour faire des observations et des commentaires sur ces questions. Ils [TRADUCTION] « appliquent la procédure dans un large éventail de causes et possèdent donc une grande expérience de première main sur ses avantages et inconvénients » (*Pearson c. Callahan*, 555 U.S. 223 (2009), p. 231). Par exemple, dans *Tolofson*, en décidant s'il y avait lieu d'infirmer *McLean*, le juge La Forest a examiné une série de décisions de première instance dans lesquelles le résultat exigé par le précédent était remis en question.

(ii) Différences avec la jurisprudence étrangère

[250] Le fait qu'un précédent soit incompatible avec la jurisprudence étrangère n'est pas une raison de l'infirmer. La jurisprudence étrangère n'est pas contraignante et sa valeur persuasive doit être examinée de manière structurée et avec soin.

[251] Cela dit, la jurisprudence étrangère peut s'avérer instructive. Par exemple, elle peut être utile pour démontrer : a) que l'adoption d'une autre approche pourrait réduire la complexité causant l'inapplicabilité; b) que le fait de modifier le droit n'aurait pas de répercussions imprévisibles étant donné que d'autres pays l'ont fait sans qu'il y ait de telles conséquences (voir, p. ex., *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210); c) qu'il est préférable que la réforme soit réalisée par le législateur compte tenu du fait que d'autres pays ont éprouvé

des difficultés lorsque les tribunaux ont modifié le droit (voir, p. ex., *Hodgson*, par. 28-29); ou d) d'autres arguments pertinents applicables dans notre cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal (voir, p. ex., *Robinson*, par. 35).

(iii) Le précédent est « erroné »

[252] Des expressions telles que [TRADUCTION] « manifestement erroné » et « erreur manifeste » sont, trop souvent, des formules péjoratives utilisées pour masquer un simple désaccord (*Queensland*, p. 603). Si une formation de la Cour pouvait simplement ignorer toute décision avec laquelle elle n'est pas d'accord, le *stare decisis* cesserait de quelque manière utile d'exister et les critiques de la professeure Craig, évoquées plus haut, seraient alors fondées. Le principe n'a de sens que dans la mesure où il confirme la validité de décisions que d'autres juges n'auraient pas eux-mêmes rendues. Le *stare decisis* n'a aucun rôle à jouer quand les jugements reflètent la décision que le juge aurait rendue indépendamment du précédent contesté (*Kimble c. Marvel Entertainment, LLC*, 576 U.S. 446 (2015) p. 455; voir aussi, sur ce point, *Willers*, par. 7; *R. c. Knüller (Publishing, Printing and Promotions) Ltd.*, [1973] A.C. 435 (H.L.), cité dans *R. c. Cunningham*, [1982] A.C. 566 (H.L.), p. 581-582; *Queensland*, p. 597-599 et 602-604, les juges Gibbs et Stephen, motifs concordants). Une véritable « erreur » d'analyse dans un précédent se traduira par l'inapplicabilité du précédent ou par son érosion du fait d'un changement juridique subséquent (voir, p. ex., *Ranville*).

[253] Le fait que la Cour estime que l'une de ses propres décisions est erronée ne constitue pas un motif valable pour infirmer un précédent. Si c'était le cas, chaque nouvelle formation de la Cour pourrait refaire le droit comme bon lui semble. Dans notre tradition de common law, il ne saurait en être ainsi.

(iv) Âge du précédent

[254] L'âge d'un précédent n'est pas pertinent lorsqu'il s'agit de savoir si la Cour peut l'infirmer. Il n'y a pas de « date de péremption » magique à partir de laquelle la Cour peut réexaminer un précédent, ni de période arbitraire avant laquelle il est impossible de le faire.

[255] La Cour a fait preuve d'un certain manque de cohérence quant à la pertinence de l'« âge » d'un précédent. Dans certains cas, elle a suggéré qu'elle ne devrait pas infirmer un précédent puisqu'il était récent (voir, p. ex., *Fraser*, par. 57; *Prokofiew*, par. 66, le juge Fish, dissident; *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311, par. 115, le juge LeBel, dissident; *R. c. Cody*, 2017 CSC 31, [2017] 1 R.C.S. 659, par. 3). Dans d'autres, elle a suggéré qu'il devrait être plus difficile d'infirmer des précédents de longue date parce qu'ils font autorité (voir, p. ex., *Hawkins; Friedmann Equity Developments Inc.*, par. 47). Cette incohérence tend à indiquer que l'âge du précédent ne constitue pas un facteur déterminant lorsque vient le temps de décider s'il devrait être infirmé.

[256] Cela dit, l'inapplicabilité et l'érosion des fondements mettent un certain temps à se réaliser. En ce sens, les précédents plus récents sont moins susceptibles d'être infirmés.

(v) La présence ou l'absence d'une « forte majorité »

[257] Le fait qu'une décision ait été rendue par une majorité « claire » ou « forte » ne devrait pas être pertinent dans le cadre d'analyse relatif au *stare decisis*. Le poids d'une décision comme précédent ne dépend pas du nombre de juges qui y ont souscrit — à partir du moment où il y a une majorité, la décision devient contraignante (voir, p. ex., *Ross c. The Queen* (1895), 25 R.C.S. 564, le juge en chef Strong; voir aussi *Neuman c. M.R.N.*, [1998] 1 R.C.S. 770, par. 27). La décision majoritaire rendue dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, — rédigée par quatre juges — n'a pas moins de poids comme précédent que *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, — une décision unanime. Les motifs dissidents peuvent aider les futures formations à reconnaître un précédent inapplicable ou un précédent dont les fondements sont érodés. Toutefois, le nombre de juges dissidents ne devrait pas être un facteur pertinent quant à la « facilité » avec laquelle un précédent peut être infirmé.

[258] Cela dit, nous reconnaissons que notre Cour a fait allusion à la pertinence d'une majorité « claire » ou « forte » lorsqu'elle s'est demandé s'il y avait lieu d'infirmier un précédent (voir, p. ex., *Fraser*, par. 57; *Craig*, par. 24; *Nedelcu*, par. 114; *Nishi*, par. 23; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur*

*général*), 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 167 et 211, le juge Rothstein, dissident; *R. c. Nur*, 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773, par. 59; *Teva Canada Ltée*, par. 139, les juges Côté et Rowe, dissidents; *Vavilov*, par. 255, les juges Abella et Karakatsanis, motifs concordants).

[259] Il est temps de fermer cette porte. Une décision de la Cour n'est pas moins un précédent lorsqu'il y a dissidence, peu importe le nombre de juges en désaccord avec la majorité. Prétendre le contraire revient à suggérer que ce qui compte vraiment, c'est la composition de la Cour au fil du temps. Il ne s'agirait pas là d'un fondement raisonné permettant de décider du droit. En effet, cela minerait la primauté du droit et la légitimité de l'autorité judiciaire.

- d) *Différences dans l'application du stare decisis en cas de précédents portant sur l'interprétation statutaire, la common law et le droit constitutionnel*

[260] Ce cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal doit s'appliquer à tous les précédents de la Cour portant sur l'interprétation statutaire, la common law et le droit constitutionnel. Cependant, il est important de reconnaître certaines différences entre ces types de précédents.

- (i) Interprétation statutaire

[261] Comme le sens d'une loi est fixé au moment de son édicition, il n'est pas loisible à la Cour d'infirmier un précédent au motif que le sens de la loi a changé au fil

du temps (*Big M Drug Mart Ltd.*, p. 334-335; *Clark*, p. 703-704; *McLean c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2013 CSC 67, [2013] 3 R.C.S. 895, par. 46). Les parties ne peuvent pas faire valoir, comme elles le font en l'espèce, qu'un changement social a modifié le sens d'une disposition particulière du *Code criminel*. Si l'écoulement du temps a rendu la loi incompatible avec la réalité sociale contemporaine, il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de remédier à ces lacunes.

[262] Cela ne signifie pas que la Cour ne peut jamais réexaminer un précédent en se fondant sur l'interprétation d'une loi. Cela veut plutôt dire que, pour ce faire, il faut démontrer que la Cour a mal interprété l'intention du législateur. Par exemple, l'inapplicabilité peut indiquer que la Cour n'a pas bien compris l'intention du législateur étant donné que ce dernier est présumé avoir voulu adopter des lois applicables (voir *Ranville*). Une partie ne devrait pas, comme l'a fait la Couronne en l'espèce, chercher à faire infirmer un précédent simplement en rouvrant un litige portant sur l'interprétation d'une loi qui a déjà été tranché par une autre formation (*Big M Drug Mart Ltd.*, p. 334-335).

(ii) Common law

[263] La Cour doit veiller à ce que la common law évolue au rythme des changements sociétaux (*Salituro*, p. 670). Si de tels changements rendent une règle de common law incompatible avec la réalité sociale contemporaine, la Cour peut et devrait réformer la common law pour l'adapter à l'évolution des réalités.

[264] Cela dit, vu les limites institutionnelles des tribunaux en ce qui a trait à la politique publique, ils ne devraient être disposés à modifier la common law que de façon progressive (*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd.*, par. 93, la juge McLachlin (plus tard juge en chef), dissidente en partie, mais non sur ce point; *Hodgson*, par. 29; *Salituro*, p. 670). Le législateur a la capacité d'étudier et d'évaluer les conséquences des changements juridiques majeurs. En revanche, les tribunaux ont une capacité limitée pour appréhender les effets collatéraux susceptibles de découler d'une modification du droit (*Watkins*). Les tribunaux doivent être conscients de ces réalités lorsqu'ils élaborent la common law.

(iii) Droit constitutionnel

[265] Les précédents constitutionnels doivent demeurer applicables et adaptés aux réalités de la société contemporaine (voir, p. ex., *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 22 et 30; *Renvoi relatif à la Loi sur l'assurance-emploi (Can.)*, art. 22 et 23, 2005 CSC 56, [2005] 2 R.C.S. 669, par. 9-10; *Comeau*, par. 33 et 52; *Renvoi relatif au Code de procédure civile (Qc)*, art. 35, 2021 CSC 27, par. 53-54). Contrairement aux lois, le sens d'une disposition constitutionnelle est « susceptibl[e] d'évoluer » et peut être réexaminé en raison d'un changement sociétal (*Québec (Procureure générale) c. 9147-0732 Québec inc.*, 2020 CSC 32, par. 8, citant *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41, p. 88). La Cour peut également infirmer des précédents constitutionnels inapplicables (voir *Kapp*, par. 21-22).

[266] Le pouvoir de réexaminer un précédent constitutionnel n'équivaut cependant pas à un droit absolu de réinterpréter la Constitution. L'interprétation de la Constitution doit être ancrée dans le contexte historique de la disposition en cause et dans les limites naturelles du texte (*R. c. Blais*, 2003 CSC 44, [2003] 2 R.C.S. 236, par. 40; *Hislop*, par. 94).

(5) Conclusion : *stare decisis*

[267] En résumé, la Cour ne peut renverser l'un de ses propres précédents que si celui-ci (1) a été rendu *per incuriam*, (2) est inapplicable, ou (3) a vu son fondement érodé par un changement sociétal ou juridique important. Toutes les décisions rendues *per incuriam* devraient être infirmées. Cependant, la validité d'un précédent inapplicable ou érodé peut être confirmée si le fait d'infirmar la décision entraînerait des changements imprévisibles ou élargirait la responsabilité criminelle.

[268] Les parties devraient dorénavant utiliser ce test lorsqu'elles demandent à la Cour d'infirmar un précédent. Elles doivent clairement démontrer que le fait qu'une autorité était manquante a influé sur la décision, la rendant ainsi *per incuriam*. Ou alors, elles doivent se présenter munies d'éléments de preuve établissant l'inapplicabilité de la décision ou l'érosion de ses fondements. Elles ne devraient plus faire valoir qu'il y a lieu d'infirmar un précédent parce qu'il (1) fait l'objet de critiques judiciaires ou doctrinales, (2) comporte des différences avec la jurisprudence étrangère, (3) est « erroné » aux yeux de certaines personnes, (4) est un précédent récent ou ancien, ou (5) a été rendu par une faible majorité.

[269] Ayant à l'esprit ce cadre d'analyse, nous allons maintenant appliquer celui-ci aux faits de la présente affaire. Comme nous l'expliquons plus loin, rien ne permet d'infirmer l'arrêt *Hutchinson*.

C. *Aucune des circonstances justifiant de renverser un précédent ne s'applique à l'arrêt Hutchinson*

[270] Dans cette section, nous appliquons le cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal — lequel découle de la jurisprudence de longue date de notre Cour — à l'arrêt *Hutchinson*, le précédent contesté par notre collègue, la Couronne, ainsi que par certains intervenants dans le cadre du présent pourvoi. Nous concluons qu'aucune des circonstances pouvant justifier de renverser un précédent ne s'applique à *Hutchinson*. Par conséquent, la *ratio decidendi* de *Hutchinson* doit régir le présent pourvoi.

[271] Notre application du cadre d'analyse en matière de *stare decisis* horizontal comporte quatre parties. Premièrement, nous rejetons la suggestion de notre collègue selon laquelle l'arrêt *Hutchinson* a été rendu *per incuriam*. Deuxièmement, nous concluons que la Couronne n'a pas démontré que *Hutchinson* est inapplicable. Troisièmement, nous démontrons que *Hutchinson* n'a pas vu ses fondements érodés et nous expliquons, en particulier, pourquoi il appartient au Parlement, et non aux tribunaux, de pallier tout changement sociétal pertinent qui a pu se produire depuis le prononcé de cet arrêt. Enfin, à titre subsidiaire, nous examinons les raisons pour

lesquelles nous refuserions d'exercer notre pouvoir discrétionnaire d'infirmier *Hutchinson*, même si cela était justifié en l'espèce.

(1) L'arrêt *Hutchinson* n'a pas été rendu *per incuriam*

[272] Toute suggestion selon laquelle l'arrêt *Hutchinson* a été rendu *per incuriam* est sans fondement. La Couronne soutient, tout au plus, que le fait d'exclure l'utilisation du condom du consentement au sens du par. 273.1(1) est [TRADUCTION] « incompatible » avec la jurisprudence de longue date en matière d'agression sexuelle, notamment les arrêts *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, et *R. c. J.A.*, 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440. Nous soulignons que la Couronne *ne* prétend *pas*, contrairement à ce que prétend notre collègue au par. 87, que *Hutchinson* « n'a pas pris en compte la jurisprudence de notre Cour sur le consentement » (nous soulignons). Il y a une bonne raison à cela : c'est faux. Dans *Hutchinson*, la majorité a cité *Ewanchuk* à plusieurs reprises (aux par. 1, 4, 17 et 27), tout en utilisant le terme « consentement » pas moins de 104 fois dans ses motifs. En outre, dans *Hutchinson*, les juges minoritaires ont, au par. 86, explicitement cité *J.A.*, lorsqu'ils font remarquer que « le moment pertinent pour déterminer s'il y a eu consentement [. . .] est celui où s'est déroulée [l']activité ». Comme *J.A.* a été cité par les juges minoritaires, il est invraisemblable que la majorité ait pu omettre d'en tenir compte. Cela nous semble évident, à moins que notre collègue ne suggère que la majorité n'a pas lu l'opinion des juges minoritaires.

[273] Par conséquent, la Couronne ne peut démontrer (ni n'a même tenté de le faire) que la formation ayant rendu la décision dans *Hutchinson* a fait abstraction d'un

précédent contraignant, et encore moins qu'elle aurait tiré une conclusion différente si elle avait pris en considération une autorité dont elle n'aurait pas tenu compte. La raison en est simple : la Cour, dans *Hutchinson*, a expressément pris en considération toutes les autorités pertinentes. De plus, comme nous l'avons déjà fait remarquer, le fait de ne pas avoir tenu compte d'un précédent contraignant justifierait d'infirmier l'arrêt *Hutchinson*, mais *pas*, comme notre collègue prétend le faire, d'interpréter sa *ratio* de façon si restreinte qu'il serait possible de « distinguer » cette affaire de celle qui nous occupe. En fait, certains intervenants dans le présent dossier reconnaissent à juste titre que *Hutchinson* a un rôle à jouer dans la jurisprudence de notre Cour portant sur le droit en matière d'agression sexuelle (m. interv., Barbra Schlifer Commemorative Clinic, par. 21; m. interv., HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et Réseau juridique VIH, par. 10). Pourtant, notre collègue refuse fermement de reconnaître que la jurisprudence de notre Cour en matière d'agression sexuelle englobe non seulement des décisions telles que *Ewanchuk* et *J.A.*, dans lesquelles était soulignée l'importance du consentement explicite, mais aussi *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, et *Mabior*, lesquelles avaient pour but d'assurer la certitude juridique et d'éviter la surcriminalisation des personnes vivant avec le VIH.

[274] Pour apposer l'étiquette *per incuriam* à un arrêt de la Cour, il faut plus qu'un simple désaccord. À notre avis, le seuil élevé requis pour ce faire n'est pas atteint en l'espèce. Par conséquent, nous ne voyons pas comment il est possible d'infirmier *Hutchinson* au motif qu'il a été rendu *per incuriam*.

(2) L'arrêt *Hutchinson* n'est pas inapplicable

[275] La Couronne n'a pas non plus démontré que l'arrêt *Hutchinson* est inapplicable. Cette décision, loin de créer de l'incertitude, avait pour raison d'être de fournir une règle de démarcation très nette pour interpréter « l'activité sexuelle » au sens du par. 273.1(1). La règle énoncée dans *Hutchinson* soumet *toutes* les formes de tromperie liées à la contraception, y compris l'utilisation ou la non-utilisation du condom, à l'analyse relative à la fraude en application de l'al. 265(3)c). En revanche, réinterpréter le par. 273.1(1) de la manière proposée par notre collègue — c.-à-d. en établissant une distinction entre deux formes presque identiques de « caractère physique » — reviendrait à réintroduire l'approche modifiée fondée sur les « caractéristiques essentielles » avancée par les juges minoritaires dans *Hutchinson*, approche *explicitement rejetée* par la majorité (*Hutchinson*, par. 45). Nous avons déjà expliqué pourquoi cette méthode visant à examiner le consentement porte à confusion et peut entraîner une surcriminalisation, en particulier au sein de communautés déjà marginalisées. La juge en chef McLachlin et le juge Cromwell, s'exprimant au nom de la majorité, ont judicieusement exprimé un point de vue semblable dans *Hutchinson*, par. 45 et 46, estimant qu'une telle approche est l'antithèse même de l'applicabilité :

Les juges [minoritaires] proposent une variante de [l']approche [fondée sur les « caractéristiques essentielles »], 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 . . .

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 » [. . .], 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 [minoritaires], 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. [Nous soulignons.]

[276] Ni la Couronne ni notre collègue n'ont invoqué un nombre suffisant de décisions démontrant que la *ratio* de l'arrêt *Hutchinson* est inapplicable. Il en est ainsi parce qu'une telle jurisprudence n'existe pas. Comme nous l'avons déjà démontré (aux par. 145-156, ci-dessus), la jurisprudence postérieure à *Hutchinson* ne révèle aucun problème d'applicabilité. On peut dire tout au plus qu'une infime partie des juges d'appel sont tout simplement *en désaccord* avec *Hutchinson*. Certes, notre collègue a elle-même le droit d'être en désaccord avec cet arrêt. Toutefois, le *stare decisis* horizontal fait en sorte que des précédents comme *Hutchinson* continuent de lier la Cour, malgré un possible désaccord au sein des tribunaux inférieurs — et même chez certains juges de notre Cour elle-même — quant à leur « justesse ». De cette manière,

l'application *appropriée* du *stare decisis* assure la stabilité de notre système juridique et garantit la primauté du droit.

[277] De même, et comme nous l'avons déjà souligné, les critiques doctrinales formulées à l'encontre de l'arrêt *Hutchinson* suggèrent essentiellement qu'il est erroné. Or, les ouvrages cités par notre collègue et par la Couronne ne font mention d'aucun problème d'applicabilité que poserait *Hutchinson* et qui pourrait justifier de le renverser. Dans les faits, les auteurs renvoient à des décisions (les mêmes que celles citées à tort par notre collègue) qui ne remettent pas véritablement en cause *Hutchinson* d'une manière qui justifierait de le renverser (voir, p. ex., Gotell et Grant, p. 459 et 464-471). Répétons-le : l'existence de critiques ne suffit pas à elle seule à justifier que l'on s'écarte d'un précédent établi par une formation consciencieuse de notre Cour.

[278] En résumé, l'arrêt *Hutchinson* fournit un cadre clair et applicable pour analyser le consentement à « l'activité sexuelle » prévu au par. 273.1(1). Mises à part de simples affirmations sans fondement, il n'a été démontré ni par notre collègue ni par la Couronne que les tribunaux inférieurs avaient eu de la difficulté à appliquer *Hutchinson*. Aucun argument légitime n'a été avancé pour infirmer cet arrêt au motif qu'il est inapplicable. Avec égards, il en est ainsi puisqu'un tel argument n'existe pas.

(3) Il n'y a pas d'érosion des fondements minant *Hutchinson*

[279] Enfin, la Couronne n'a pas démontré une érosion des fondements qui minerait la force de précédent de l'arrêt *Hutchinson*. Comme nous l'expliquons, tout

changement sociétal susceptible de s'être produit après le prononcé de *Hutchinson* ne peut pas modifier l'intention législative du Parlement telle qu'elle a été interprétée de manière définitive par la Cour dans cet arrêt. De plus, la Couronne n'a évoqué aucun changement juridique qui pourrait justifier d'infirmer *Hutchinson*.

a) *Un changement sociétal ne saurait miner Hutchinson*

[280] On peut à juste titre soutenir que les attitudes sociales à l'égard de la violence sexuelle, ou la fréquence de certains comportements sexuels, ont changé depuis le prononcé de l'arrêt *Hutchinson* en 2014. Cependant, comme nous l'avons expliqué, les précédents dans lesquels une loi est interprétée de manière définitive ne sont pas susceptibles d'être influencés par l'évolution des mœurs ou des tendances sociales. Dans *Hutchinson*, la Cour a déterminé le sens que le Parlement avait voulu donner à l'expression « l'activité sexuelle ». Ce faisant, la majorité dans cette affaire était consciente des « préoccupations du législateur à l'égard de la violence faite aux femmes et aux enfants » et, en particulier, du besoin pressant de protéger les droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* dans le contexte de la violence à caractère sexuel (par. 27). Le fait que le problème du « furtivage », par exemple, soit maintenant plus courant ou occupe une place plus importante dans la conscience collective n'érode en rien les fondements comme précédent de *Hutchinson*, dans lequel la Cour a interprété le sens du par. 273.1(1) du *Code criminel*. L'interprétation statutaire déterminée dans cet arrêt reflète donc l'intention du Parlement au moment de l'édiction. Si l'écoulement du temps a rendu cette disposition législative incompatible avec la

réalité sociale contemporaine, il appartient au législateur — et non aux tribunaux — d'examiner de façon plus approfondie toute lacune reprochée et, si nécessaire, d'y remédier.

b) *Aucun changement juridique n'atténue Hutchinson*

[281] Enfin, selon nous, aucune évolution constitutionnelle ou jurisprudentielle postérieure à l'arrêt *Hutchinson* n'est susceptible d'atténuer sa valeur de précédent.

[282] La jurisprudence récente de la Cour en matière d'agression sexuelle s'appuie sur des précédents fondamentaux tels que *Ewanchuk* et *J.A.* (voir, p. ex., *R. c. G.F.*, 2021 CSC 20; *Goldfinch*; *Barton*), lesquels ont été dûment examinés par la Cour dans *Hutchinson*. Point crucial toutefois, ces décisions récentes n'entendent pas écarter l'interprétation claire et catégorique qui a été établie dans l'arrêt *Hutchinson* selon laquelle l'utilisation du condom est exclue de « l'activité sexuelle » visée au par. 273.1(1). Au contraire, comme nous l'avons souligné, notre Cour a expressément entériné l'interprétation du par. 273.1(1) énoncée dans *Hutchinson* dans *Goldfinch* et *Barton*.

[283] En somme, la Couronne n'a pas réussi à démontrer que les fondements de l'arrêt *Hutchinson* ont été érodés d'une manière qui justifierait que l'on s'en écarte.

- (4) Même si *Hutchinson* pouvait être infirmé, notre Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire pour confirmer sa validité

[284] Subsidiairement, même si l'arrêt *Hutchinson* était inapplicable ou si ses fondements comme précédent étaient érodés, il existe au moins deux raisons impérieuses de confirmer sa validité.

[285] Premièrement, infirmer l'arrêt *Hutchinson* soulèverait des préoccupations quant à l'élargissement rétrospectif de la responsabilité criminelle. Dans *Hutchinson*, la Cour a explicitement exclu l'utilisation des moyens de contraception de la portée du consentement prévu au par. 273.1(1). Cependant, notre collègue souhaite maintenant réinterpréter le par. 273.1(1) pour inclure, dans certaines circonstances, l'utilisation du condom dans l'analyse relative au consentement, élargissant ainsi l'étendue de la responsabilité criminelle pour agression sexuelle au-delà de celle énoncée dans *Hutchinson*. Comme nous l'avons expliqué ci-dessus, et comme l'a souligné le juge en chef Dickson (dissident, mais non sur ce point) dans *Bernard*, un élargissement de la responsabilité criminelle milite fortement contre le renversement d'un précédent. Même s'il était loisible à notre collègue d'infirmer *Hutchinson* (ce qui n'est pas le cas), l'approche radicale qu'elle préconise pour l'analyse du consentement nous donnerait à réfléchir. Plus précisément, et comme la majorité l'a reconnu dans *Hutchinson*, alors que l'art. 273.1 indique l'accent mis par le Parlement sur la manifestation explicite du consentement, 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 » (par. 27 (nous soulignons)). Pourtant, c'est précisément l'effet que produirait la réinterprétation que fait notre collègue du

par. 273.1(1), contrairement à l'intention du Parlement telle qu'établie par notre Cour dans *Hutchinson*.

[286] Deuxièmement, infirmer l'arrêt *Hutchinson* pourrait entraîner des conséquences imprévisibles. Le fait de réorienter soudainement le droit pour élargir la portée du consentement constituerait un changement juridique majeur qui pourrait soulever de vastes questions de politique. Lorsque, comme en l'espèce, la disposition contestée ne présente pas de faille constitutionnelle, il n'appartient pas à la Cour « d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques de notre législateur » (*Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1199). Le Parlement peut juger bon d'établir par voie législative une distinction entre, par exemple, l'acte de retirer furtivement un condom pour éjaculer à l'intérieur de son partenaire sexuel, et l'acte de mentir sur le fait d'avoir subi une vasectomie dans le but de faire de même. Notre collègue qualifierait le premier acte de violation du consentement, et le second de fraude viciant un consentement obtenu auparavant. Toutefois, pour tous les motifs qui précèdent, l'interprétation du par. 273.1(1) énoncée par la Cour dans *Hutchinson* l'en empêche. Il appartient au Parlement — et non à notre collègue — de décider si cette distinction devrait faire partie du droit canadien en matière d'agression sexuelle.

(5) Conclusion quant à l'application du *stare decisis* horizontal à *Hutchinson*

[287] On ne saurait trop insister sur l'impact du fait de renverser un précédent de notre Cour. Nous ne sommes pas convaincus qu'il existe un motif valable pour

renverser l'arrêt *Hutchinson*. Comme il n'est pas possible de distinguer *Hutchinson*, cet arrêt doit régir la présente affaire. Dans la section suivante, nous appliquons aux faits du présent pourvoi l'analyse en deux étapes du consentement que prescrit *Hutchinson*.

D. *Application de l'arrêt Hutchinson au présent pourvoi*

[288] À notre avis, la juge Bennett de la Cour d'appel a appliqué correctement l'arrêt *Hutchinson* et les principes applicables aux requêtes pour absence de preuve. À l'instar de la juge Bennett, en appliquant l'analyse en deux étapes du consentement prescrite par la Cour dans *Hutchinson*, nous concluons que : (1) l'utilisation du condom ne peut pas être analysée au regard du par. 273.1(1) comme faisant partie de « l'activité sexuelle »; et (2) il y avait une certaine preuve que le consentement de la plaignante à des rapports sexuels sans protection a pu être vicié par la fraude au sens de l'al. 265(3)c).

(1) L'analyse en deux étapes du consentement prescrite par *Hutchinson*

[289] Nous sommes tenus — comme notre collègue — d'appliquer le cadre d'analyse en deux étapes énoncé dans *Hutchinson* pour déterminer s'il y avait un consentement valide concomitant à l'activité sexuelle en cause entre M. Kirkpatrick et la plaignante.

[290] La première étape consiste à décider si la preuve démontre l'absence d'« accord volontaire [de la] plaignant[e] à l'activité sexuelle » aux termes du par. 273.1(1). Si la plaignante a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle au sens de l'art. 273.1 (ou si un doute raisonnable a été soulevé), le tribunal doit alors passer à la deuxième étape.

[291] La deuxième étape consiste à se demander si l'une des circonstances énumérées aux par. 265(3) ou 273.1(2) est présente, de sorte que l'accord volontaire de la plaignante à l'activité sexuelle ne constituait pas un consentement en droit. Le paragraphe 265(3) définit les circonstances, y compris la fraude à l'al. c), dans lesquelles la loi reconnaît que la plaignante n'a pas consenti, malgré son accord apparent à l'activité sexuelle (*Hutchinson*, par. 55; *Ewanchuk*, par. 36).

[292] À ce stade, il est essentiel de rappeler le seuil peu élevé applicable à une requête pour absence de preuve. Il n'appartient pas au juge du procès, à cette étape préliminaire, de vérifier la qualité ou la fiabilité de la preuve, d'évaluer la crédibilité des témoins, de tirer des inférences factuelles ou de soupeser la preuve afin de déterminer s'il serait convaincu de la culpabilité de l'accusé. Sa fonction consiste simplement à déterminer si, *en supposant que la preuve de la Couronne soit crue*, il serait raisonnable pour un juge des faits d'inférer la culpabilité (S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *Sopinka, Lederman & Bryant : The Law of Evidence in Canada* (5<sup>e</sup> éd. 2018), §5.27; *R. c. Arcuri*, 2001 CSC 54, [2001] 2 R.C.S. 828, par. 30).

C'est en fonction de ce seuil peu élevé que nous devons évaluer la preuve dont disposait le juge du procès en l'espèce.

[293] Nous examinons maintenant, à tour de rôle, chaque étape du cadre établi dans l'arrêt *Hutchinson*, en appliquant le seuil de preuve requis dans le cas d'une requête pour absence de preuve.

a) *Première étape : consentement à l'activité sexuelle*

[294] Nous avons déjà expliqué, de façon détaillée, que l'arrêt *Hutchinson* élimine catégoriquement l'utilisation du condom de la définition de « l'activité sexuelle » prévue au par. 273.1(1). Nous ne pouvons donc pas prendre en considération l'omission avouée de M. Kirkpatrick de porter un condom afin de décider s'il y a eu accord volontaire à l'activité sexuelle. Nous n'avons rien de plus à dire à ce sujet.

[295] À cette étape, la seule question qui se pose est celle de savoir s'il existe une preuve que la plaignante a consenti aux rapports sexuels en cause avec M. Kirkpatrick. Au procès, il est ressorti de la preuve de la plaignante qu'elle avait consenti à tous les actes sexuels physiques auxquels les parties se sont livrées cette nuit-là. Par conséquent, nous sommes d'accord avec le juge du procès et la juge Bennett de la Cour d'appel qu'il existe une certaine preuve de consentement à « l'activité sexuelle », première étape du cadre d'analyse relatif à l'art. 273.1 énoncé dans *Hutchinson*.

[296] Par conséquent, l'analyse applicable à la requête pour absence de preuve peut alors passer à la question de savoir s'il existe une preuve que M. Kirkpatrick a commis une fraude ayant pu vicier le consentement apparent de la plaignante.

b) *Deuxième étape : fraude viciant le consentement*

[297] L'arrêt *Hutchinson* a confirmé que la fraude susceptible de vicier le consentement à l'activité sexuelle comporte deux éléments : (1) la malhonnêteté de l'accusé; et (2) la privation ou le risque de privation pour la plaignante résultant de la malhonnêteté de l'accusé et prenant la forme de lésions corporelles graves (par. 67; voir aussi *Mabior*, par. 104).

[298] Comme nous l'expliquons plus loin, nous sommes d'accord avec la juge Bennett pour dire que le juge du procès disposait d'au moins [TRADUCTION] « une certaine preuve » à l'égard des deux éléments, de sorte qu'il a commis une erreur en accueillant la requête pour absence de preuve présentée par M. Kirkpatrick.

(i) Malhonnêteté

[299] La malhonnêteté visée à l'al. 265(3)c) « peut comprendre la non-divulgence de faits importants » (*Cuerrier*, par. 116). Dans l'arrêt *Mabior*, la Cour a précisé qu'« une déclaration nettement trompeuse ou un mensonge en réponse à une question claire » n'est pas nécessaire pour établir la malhonnêteté (par. 61). L'omission de révéler un renseignement équivaut plutôt à une malhonnêteté lorsque le plaignant

n'aurait pas donné son consentement s'il avait connu le renseignement non révélé, comme par exemple le fait que l'accusé est séropositif (par. 104). Les conversations antérieures entre les partenaires sexuels et les circonstances entourant leurs rapports sexuels peuvent être pertinentes lorsqu'il s'agit de décider si le fait que l'une des parties aurait omis de révéler un renseignement équivaut à de la malhonnêteté (par. 64).

[300] Nous concluons que le fait que M. Kirkpatrick n'ait pas révélé qu'il ne portait pas de condom constituait minimalement « une certaine preuve » de malhonnêteté suffisante pour empêcher le prononcé d'un acquittement. Nous convenons avec la juge Bennett que le juge du procès a mal appliqué l'arrêt *Mabior* en cherchant à savoir si M. Kirkpatrick avait usé d'une tromperie précise avant la seconde relation sexuelle (motifs de la C.A., par. 117). La plaignante a témoigné avoir mentionné à plusieurs reprises à M. Kirkpatrick que son consentement était conditionnel à l'utilisation d'un condom. Elle a témoigné que la première fois qu'ils ont eu des rapports sexuels, elle [TRADUCTION] « lui [a] demandé s'il avait des condoms et lui [a] dit que s'il n'en avait pas, [elle] en a[vait] apporté avec [elle] » (d.a., vol. II, p. 20). Ensuite, elle a témoigné avoir demandé à l'appelant [TRADUCTION] « s'il avait porté un condom, ce à quoi il a répondu par l'affirmative, et [elle] lui [a] demandé à voir le condom » (d.a., vol. II, p. 21). Si nous acceptons — comme nous devons le faire à ce stade préliminaire — le témoignage de la plaignante, M. Kirkpatrick savait très bien que le consentement de celle-ci était conditionnel à l'utilisation d'un condom. Pourtant, lors de leur seconde relation sexuelle, seulement quelques heures plus tard, M. Kirkpatrick n'a pas révélé qu'il ne portait pas de condom. À notre avis, dans le

contexte d'une requête pour absence de preuve, cela constitue une certaine preuve de malhonnêteté par omission, comme le prévoit *Mabior*.

[301] Nous rejetons l'argument de M. Kirkpatrick selon lequel ce raisonnement impose une obligation positive de révéler l'utilisation du condom dans toutes les situations où un partenaire en a souligné l'importance. Au contraire, ce raisonnement est fermement enraciné dans le dossier factuel. Selon le témoignage de la plaignante, quelques jours avant les rapports sexuels, elle a mentionné à M. Kirkpatrick qu'elle ne consentirait jamais à de tels rapports sans condom. Elle a affirmé avoir rappelé cette condition à M. Kirkpatrick à deux reprises : une fois avant la première relation sexuelle, lorsqu'elle lui a demandé s'il portait un condom, et une fois de plus après, lorsqu'elle a demandé à voir le condom. La plaignante a en outre témoigné qu'avant la seconde relation sexuelle, M. Kirkpatrick s'est retourné du côté de la table de chevet où il avait pris un condom la première fois. À notre avis, ce qui précède fournit au moins une certaine preuve que la plaignante n'aurait pas consenti si M. Kirkpatrick lui avait dit qu'il ne portait pas de condom avant de la pénétrer la deuxième fois, alors qu'elle avait clairement exigé qu'il en porte un. Malgré cette conclusion, nous tenons à être bien compris. Nous ne soutenons pas par là que le fait de ne pas révéler ne pas porter de condom sera toujours criminel. Notre conclusion est inextricablement liée aux faits particuliers du présent dossier.

[302] De plus, il faut rappeler qu'aucune conclusion de fait définitive n'est tirée dans le cadre d'une requête pour absence de preuve. Lors du nouveau procès, la

Couronne devra établir que non seulement M. Kirkpatrick a commis l'*actus reus* de la fraude viciant le consentement prévue à l'al. 265(3)c), mais aussi qu'il avait la *mens rea* requise pour la fraude. Pour ce faire, la Couronne devra prouver que M. Kirkpatrick *savait*, subjectivement, qu'il se comportait de manière malhonnête et que sa malhonnêteté conduirait à une privation, ou à un risque de privation, pour la plaignante (*Cuerrier*, par. 114). Il appartiendra au juge du procès de décider si la Couronne y parvient.

(ii) Privation

[303] À notre avis, la juge Bennett a eu raison de conclure qu'il y avait une certaine preuve d'un risque de privation pour la plaignante en l'espèce, à savoir un risque de grossesse (motifs de la C.A., par. 119).

[304] Aux paragraphes 70-71 de l'arrêt *Hutchinson*, la majorité a conclu que « [l]e 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 » peut constituer une privation suffisamment grave représentant une fraude viciant le consentement suivant l'al. 265(3)c). En l'espèce, la plaignante a témoigné que M. Kirkpatrick avait éjaculé dans son vagin. Lorsqu'elle s'est aperçue qu'il n'avait pas porté de condom, elle lui a fait part de son inquiétude de devenir enceinte. Le juge du procès ne disposait d'aucune preuve qui suggérait que la plaignante utilisait un moyen de contraception ou était autrement incapable de devenir enceinte. Monsieur Kirkpatrick concède à juste titre qu'il [TRADUCTION] « n'est pas contesté que le risque de grossesse correspond au

deuxième élément de la fraude » (m.a., par. 52). Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion de la juge Bennett sur ce point. Par conséquent, suivant la norme de preuve applicable à une requête pour absence de preuve, il y avait au moins une certaine preuve d'un risque de privation en raison du risque de grossesse.

[305] À la lumière de ce qui précède, il n'est pas nécessaire d'analyser la conclusion tirée par la juge Bennett, au par. 119, selon laquelle les effets secondaires du traitement prophylactique contre le VIH que la plaignante aurait reçu peuvent constituer une preuve de privation. Nous reportons à une autre occasion cet examen, lorsque nous disposerons d'un dossier de preuve complet et d'arguments détaillés sur cette importante question.

(2) Conclusion sur le cadre d'analyse en deux étapes du consentement

[306] En somme, la première étape du cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Hutchinson* est remplie : il y a une certaine preuve que la plaignante a donné son accord volontaire à l'activité sexuelle aux termes du par. 273.1(1).

[307] Cependant, à la deuxième étape, il y a aussi une certaine preuve que le consentement apparent de la plaignante a pu être vicié par la fraude. À notre avis, la conclusion de la juge Bennett selon laquelle le juge du procès a mal appliqué le test de la malhonnêteté énoncé dans l'arrêt *Mabior* est bien fondée. Suivant le seuil peu élevé applicable à une requête pour absence de preuve, il y avait au moins une certaine preuve de malhonnêteté par omission et de risque de privation en raison du risque de grossesse.

[308] Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu afin de déterminer si le consentement de la plaignante a effectivement été vicié par la fraude et, ce faisant, si M. Kirkpatrick a commis une agression sexuelle au sens de l'al. 265(3)c).

[309] Nous aimerions formuler un dernier commentaire au sujet du nouveau procès. Nous sommes d'accord avec notre collègue pour dire qu'il est justifié d'en tenir un, compte tenu de l'erreur de droit que nous avons relevée dans l'analyse du juge du procès relative à la fraude. Cependant, comme il y aura un nouveau procès, nous sommes d'avis qu'il est inopportun que notre Cour tire des inférences en faveur de l'une ou l'autre des parties à partir de la preuve présentée au premier procès. Nous sommes plus particulièrement réfractaires à l'inférence que notre collègue tire au par. 58, selon laquelle M. Kirkpatrick s'est livré à la pratique du « furtivage », un terme qui n'a jamais été mentionné à la plaignante ni analysé lors du procès. Nous affirmons qu'il ne nous appartient pas, à ce stade préliminaire, de tirer une quelconque conclusion relativement à la culpabilité de M. Kirkpatrick quant à l'infraction reprochée, ou encore de faire une quelconque inférence qui pourrait porter atteinte à la présomption d'innocence lors du nouveau procès.

### III. Dispositif

[310] Pour l'ensemble de ces raisons, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Par conséquent, nous confirmons l'ordonnance de la Cour d'appel annulant l'acquittement et ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appelant : Cote & Evans Trial Lawyers, Surrey.*

*Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique,  
Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur  
général de l'Alberta, Calgary.*

*Procureurs des intervenants HIV & AIDS Legal Clinic Ontario et le  
Réseau juridique VIH : Lincoln Alexander School of Law, Toronto; HIV & AIDS Legal  
Clinic Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Barbra Schlifer Commemorative Clinic :  
Birenbaum Law, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante West Coast Legal Education and Action Fund Association : Sugden, McFee & Roos, Vancouver; West Coast Legal Education and Action Fund Association, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes : Mahon & Company, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Daniel Brown Law, Toronto; Markson Law, Toronto.*