

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Harold Williams** *Respondent*

and

**Attorney General of Ontario** *Intervener*

**INDEXED AS: R. v. WILLIAMS**

**Neutral citation: 2003 SCC 41.**

File No.: 28873.

2002: December 3; 2003: September 18.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and Deschamps JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

*Criminal law — Aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations with complainant during their 18-month relationship — Five months into relationship, accused learning he was HIV-positive but failing to disclose his HIV status to complainant — Complainant likely already infected before accused learned he was HIV-positive — Whether Crown can prove endangerment of complainant's life beyond reasonable doubt — Whether accused guilty of aggravated assault — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 268(1).*

*Criminal law — Attempted aggravated assault — Non-disclosure of HIV status — Accused having unprotected sexual relations with complainant during their 18-month relationship — Five months into relationship, accused learning he was HIV-positive but failing to disclose his HIV status to complainant — Whether accused guilty of attempted aggravated assault — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 24(1), 265(1)(a), 268(1), 660.*

The complainant and W had an 18-month relationship beginning in June 1991. On November 15, 1991, W learned that he had recently tested positive for HIV. The complainant tested negative shortly thereafter. W

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

**Harold Williams** *Intimé*

et

**Procureur général de l'Ontario** *Intervenant*

**RÉPERTORIÉ : R. c. WILLIAMS**

**Référence neutre : 2003 CSC 41.**

N° du greffe : 28873.

2002 : 3 décembre; 2003 : 18 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et Deschamps.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-  
NEUVE-ET-LABRADOR

*Droit criminel — Voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — Plaignante probablement déjà infectée avant que l'accusé apprenne qu'il était séropositif — Le ministère public peut-il prouver hors de tout doute raisonnable que la vie de la plaignante a été mise en danger? — L'accusé est-il coupable de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 268(1).*

*Droit criminel — Tentative de voies de fait graves — Omission de révéler le résultat d'un test de dépistage du VIH — Accusé ayant eu des rapports sexuels non protégés avec la plaignante pendant leur relation qui a duré 18 mois — Accusé ayant appris cinq mois après le début de la relation qu'il était séropositif, mais omettant d'en informer la plaignante — L'accusé est-il coupable de tentative de voies de fait graves? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 24(1), 265(1a), 268(1), 660.*

La plaignante et W ont eu une relation qui a débuté en juin 1991 et qui a duré 18 mois. Le 15 novembre 1991, W a appris le résultat positif d'un test de dépistage du VIH qu'il avait subi peu auparavant. La plaignante a

kept the complainant in the dark about his HIV condition as well as the fact that he had been tested. Although W was given counselling on at least three different occasions by two doctors and a nurse about HIV, its transmission, safer practices and his duty to disclose his HIV status to sexual partners, he continued to practise unprotected sex with the complainant. It was accepted that the complainant would never knowingly have had sex with an HIV-positive person. The relationship ended in November 1992 and she tested positive for HIV in April 1994. W has conceded that he infected the complainant with HIV. Similarly, the Crown has conceded that it is quite possible that W infected the complainant before learning of his positive status. At trial, W was convicted of aggravated assault and common nuisance. The Court of Appeal upheld the conviction for common nuisance but allowed the appeal against the conviction for aggravated assault, substituting therefor a conviction for attempted aggravated assault.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Where, as here, the Crown alleges an offence predicated on an aggravating consequence, it must prove the consequence beyond a reasonable doubt. An accused who fails to disclose his HIV-positive status cannot be convicted of an aggravated assault endangering life in circumstances where the complainant could already have been HIV-positive. In such circumstances, however, W was properly convicted of attempted aggravated assault.

While W acted with a shocking level of recklessness and selfishness, the Crown could not show that sexual activity after November 15, 1991 harmed the complainant, or even exposed her to a significant risk of harm, because at that point she was possibly, and perhaps likely, already HIV-positive. W's acquittal on the charge of aggravated assault must therefore be affirmed. The *mens rea* of the offence had been proven beyond a reasonable doubt, but the Crown was unable to prove an essential element of the *actus reus*, namely that W's sexual conduct, after learning that he had tested positive for HIV, risked endangering the complainant's life. The medical evidence indicates that a single act of unprotected vaginal intercourse carries a significant risk of HIV transmission. It was therefore at least doubtful that the complainant was free of HIV infection on November 15, 1991 when W first discovered, then decided to conceal, his HIV status. The complainant tested negative for HIV shortly thereafter, although the expert evidence was that at that date she may well have been infected with HIV but not yet had

obtenu un résultat négatif peu après. W n'a pas révélé à la plaignante qu'il était séropositif, ni même qu'il avait subi un test. W, qui avait pourtant reçu de l'information de deux médecins et d'une infirmière à au moins trois occasions au sujet du VIH, de sa transmission, des précautions à prendre et de son devoir d'informer ses partenaires sexuels de son état, a continué à avoir des rapports sexuels non protégés avec la plaignante. Il est admis que la plaignante n'aurait jamais eu sciemment de relations sexuelles avec une personne séropositive. La relation a pris fin en novembre 1992 et la plaignante a obtenu un résultat positif à un test de dépistage du VIH en avril 1994. W a reconnu avoir transmis le VIH à la plaignante. De même, le ministère public a reconnu qu'il était bien possible que W ait infecté la plaignante avant d'apprendre qu'il était séropositif. En première instance, W a été déclaré coupable de voies de fait graves et de nuisance publique. La Cour d'appel a confirmé sa condamnation pour nuisance publique, mais elle a accueilli l'appel contre sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves, lui substituant une déclaration de culpabilité de tentative de voies de fait graves.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Lorsque, comme en l'espèce, le ministère public porte une accusation fondée sur une conséquence aggravante, il doit prouver cette conséquence hors de tout doute raisonnable. La personne accusée qui ne révèle pas qu'elle est séropositive ne peut être déclarée coupable de voies de fait graves mettant la vie en danger lorsque la plaignante ou le plaignant pouvait déjà être porteur du VIH. En pareilles circonstances, W a toutefois été déclaré à juste titre coupable de tentative de voies de fait graves.

Bien que W ait fait preuve d'un degré d'insouciance et d'égoïsme révoltant, le ministère public n'a pas réussi à établir que l'activité sexuelle de la plaignante après le 15 novembre 1991 lui a causé un préjudice ou même qu'elle l'a exposée à un risque sérieux de préjudice, parce qu'il était possible, et peut-être probable, qu'elle fut déjà porteuse du VIH à ce moment. Il faut donc confirmer l'acquiescement de W à l'égard de l'accusation de voies de fait graves. La *mens rea* de cette infraction a été prouvée hors de tout doute raisonnable, mais le ministère public était incapable de prouver un élément essentiel de l'*actus reus*, savoir que le comportement sexuel de W, après qu'il a appris qu'il était séropositif, risquait de mettre la vie de la plaignante en danger. La preuve médicale indique qu'un seul rapport sexuel vaginal non protégé comporte un risque important de transmission du VIH. Il existe donc à tout le moins un doute qui empêche d'affirmer que la plaignante n'avait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991, au moment où W a découvert, puis décidé de ne pas révéler, qu'il était séropositif. Le test subi par la

time to develop the antibodies that would disclose her condition in the test.

To constitute a crime, the *actus reus* and the *mens rea* or intent must, at some point, coincide. Here, however, before November 15, 1991, there was an endangerment but no intent; after November 15, 1991, there was an intent but at the very least a reasonable doubt about the existence of any endangerment.

The focus of the crime of aggravated assault is on the nature of the consequences rather than on the nature of the assault. The same act of sexual assault by an HIV-positive accused would undoubtedly injure or put at risk many potential partners but if, because of a complainant's particular circumstances, there is a reasonable doubt that the complainant was put in harm's way by the assault charged, there is no aggravated assault. In this case, there was a reasonable doubt that the life of the complainant was capable of being endangered after November 15, 1991 by re-exposure to a virus that she had likely already acquired.

There is nothing in the evidence to suggest that the complainant, believing rightly or wrongly that she was HIV-free, consented to unprotected sexual intercourse with an HIV-positive partner. At all relevant times, the complainant believed that both she and W were HIV-free.

W stands properly convicted of attempted aggravated assault. The crime of attempt requires the Crown to establish the *mens rea* to commit the crime in question. The intent to commit the crime of aggravated assault is established for the period after November 15, 1991. As to the *actus reus*, failure to prove endangerment of life was fatal to the prosecution in this case of aggravated assault but it is not fatal to a conviction for attempted aggravated assault. Clearly, W took more than preparatory steps. He did everything he could to achieve the infection of the complainant by repeated acts of unprotected intercourse for approximately one year between November 15, 1991 and November 1992, when the relationship ended. The reasonable doubt about the timing of her actual infection was unknown to both partners. These facts, established in the evidence, are sufficient to prove the attempt.

plaignante peu de temps après s'est révélé négatif, bien que la preuve d'expert ait révélé qu'il se pouvait bien qu'elle ait déjà été infectée par le VIH à ce moment, mais qu'elle n'ait pas encore développé les anticorps permettant de détecter son état lors du test.

Pour qu'il y ait crime, à un moment donné, l'*actus reus* et la *mens rea* ou l'intention doivent coïncider. Ici, toutefois, il y a eu mise en danger sans intention avant le 15 novembre 1991 et, après cette date, il y a eu intention mais il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la mise en danger.

L'infraction de voies de fait graves met l'accent sur la nature des conséquences plutôt que sur la nature des voies de fait ou de l'agression. Le même acte d'agression sexuelle perpétré par un accusé séropositif pourrait sans aucun doute causer un préjudice à de nombreuses victimes potentielles ou les exposer à un risque, mais si, pour des raisons qui lui sont propres, il existe un doute raisonnable quant à savoir si une plaignante a été mise en péril par les voies de fait, il n'y a pas de voies de fait graves. En l'espèce, il existe un doute raisonnable quant à la possibilité que la vie de la plaignante ait pu être mise en danger après le 15 novembre 1991 par une nouvelle exposition à un virus dont elle était probablement déjà porteuse.

Aucun élément de preuve n'indique que la plaignante qui, à tort ou à raison, ne croyait pas avoir été contaminée par le VIH, a consenti à avoir des rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. Pendant toute la période pertinente, elle croyait que ni elle ni W n'étaient porteurs du VIH.

C'est à bon droit que W a été condamné pour tentative de voies de fait graves. L'infraction de tentative exige que le ministère public établisse la *mens rea* relative à la perpétration du crime en question. L'intention de commettre l'infraction de voies de fait graves a été établie quant à la période postérieure au 15 novembre 1991. En ce qui concerne l'*actus reus*, le défaut de prouver que la vie de la plaignante avait été mise en danger était fatal quant à l'accusation de voies de fait graves, mais non quant à celle de tentative de voies de fait graves. De toute évidence, W a accompli davantage que des actes préparatoires. Il a fait tout ce qu'il a pu pour infecter la plaignante en ayant des rapports sexuels non protégés répétés avec elle pendant environ un an, entre le 15 novembre 1991 et le moment où la liaison a pris fin, au mois de novembre 1992. Aucun des partenaires ne connaissait l'existence d'un doute raisonnable quant à la date à laquelle la plaignante a effectivement été infectée. Ces faits, établis par la preuve, sont suffisants pour prouver la tentative.

**Cases Cited**

**Referred to:** *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371; *R. v. Godin*, [1994] 2 S.C.R. 484; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146; *R. v. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563; *R. v. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153; *R. v. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348; *R. v. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL); *R. v. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32; *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462.

**Statutes and Regulations Cited**

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 24(1), 220, 221, 249(3), (4), 255(2), (3), 265, 267(b), 268, 271, 272(1)(c), 273(1), 430(2), 433(b), 463(a), 660.

**Authors Cited**

*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, “endanger”.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 1, 158 C.C.C. (3d) 523, [2001] N.J. No. 274 (QL), 2001 NFCA 52, upholding the accused’s conviction for common nuisance and setting aside his conviction for aggravated assault, but substituting a conviction for attempted aggravated assault. Appeal dismissed.

*Rachel Huntsman*, for the appellant.

*Derek J. Hogan*, for the respondent.

*Susan Chapman* and *Dana Peterson*, for the interveners.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — The question raised in this appeal is whether an accused who fails to disclose that he is HIV-positive can be convicted of an aggravated assault endangering life by engaging in unprotected sex with a complainant who, at the time of the alleged assault, could herself have been infected with HIV.

**Jurisprudence**

**Arrêts mentionnés :** *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146; *R. c. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563; *R. c. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153; *R. c. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348; *R. c. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL); *R. c. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32; *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 24(1), 220, 221, 249(3), (4), 255(2), (3), 265, 267(b), 268, 271, 272(1)(c), 273(1), 430(2), 433(b), 463(a), 660.

**Doctrine citée**

*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles*, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, « *endanger* ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador (2001), 205 Nfld. & P.E.I.R. 1, 158 C.C.C. (3d) 523, [2001] N.J. No. 274 (QL), 2001 NFCA 52, qui a confirmé la condamnation de l’accusé pour nuisance publique et annulé sa déclaration de culpabilité de voies de fait graves, lui substituant une déclaration de culpabilité de tentative de voies de fait graves. Pourvoi rejeté.

*Rachel Huntsman*, pour l’appelante.

*Derek J. Hogan*, pour l’intimé.

*Susan Chapman* et *Dana Peterson*, pour l’intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si un accusé qui n’a pas révélé qu’il était séropositif peut être déclaré coupable de voies de fait graves mettant la vie en danger pour avoir eu des rapports sexuels non protégés avec une plaignante qui, au moment de l’infraction alléguée, pouvait elle-même être porteuse du VIH.

2 The respondent acted with a shocking level of recklessness and selfishness. There is no doubt that he committed a criminal assault on the complainant, and further that he was guilty of an *attempted* aggravated assault (as well as common nuisance). However, as was noted by the majority in the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador, *aggravated* assault, as defined in s. 268(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, is an offence based on proof of certain consequences. The courts below found, and the Crown admits, that there exists a reasonable doubt that the assault in question was *capable* of causing the life-threatening consequences alleged in the indictment. The Crown is therefore unable to establish the *actus reus* of that particular offence. Its appeal in that respect should therefore be dismissed.

#### I. Facts

3 During their sexual affair that lasted for approximately 18 months, which began when the complainant was 18 years old, the complainant and the respondent engaged in numerous acts of vaginal intercourse and occasional fellatio. Condoms were used on occasion; however, the complainant did not take the usual precautions against pregnancy because the respondent had told her that he had had a vasectomy.

4 The relationship began in June 1991. The Agreed Statement of Facts says that “soon after”, the sexual activity began. Unfortunately, there is no evidence about precisely when the first act of intercourse occurred, or the approximate frequency of sexual intercourse over the ensuing 18-month period.

5 Unknown to the complainant, the respondent attended a medical clinic in St. John’s for HIV testing on October 16, 1991. It seems his name was on a list of former partners provided by an individual who had tested HIV-positive, that is to say, was shown to be infected by the Human Immunodeficiency Virus. He was told on November 15, 1991 that he too had tested HIV-positive. He was given counselling on at least three different occasions by two doctors and

L’intimé a fait preuve d’un degré d’insouciance et d’égoïsme révoltant. Il est incontestable qu’il s’est livré à des voies de fait sur la personne de la plaignante et qu’il est coupable de *tentative* de voies de fait graves (et coupable de nuisance publique). Toutefois, comme l’a signalé à la majorité la Cour d’appel de Terre-Neuve-et-Labrador, l’infraction de voies de fait *graves*, telle qu’elle est définie au par. 268(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, exige la preuve de certaines conséquences. Les tribunaux d’instance inférieure ont conclu, et le ministère public reconnaît, qu’un doute raisonnable subsiste quant à savoir si les voies de fait en cause *pouvaient* avoir pour conséquence de mettre la vie en danger comme l’alléguait l’acte d’accusation. Le ministère public est par conséquent incapable d’établir l’*actus reus* de cette infraction précise. Il y a donc lieu de rejeter son pourvoi à cet égard.

#### I. Les faits

Pendant leur liaison qui a duré environ 18 mois et au début de laquelle la plaignante était âgée de 18 ans, celle-ci et l’intimé ont eu de nombreux rapports sexuels vaginaux et ont parfois pratiqué la fellation. Ils utilisaient le condom à l’occasion, mais la plaignante ne prenait pas les précautions contraceptives habituelles car l’intimé lui avait dit qu’il avait subi une vasectomie.

Ils ont commencé à se fréquenter au mois de juin 1991. On peut lire dans l’exposé conjoint des faits qu’ils ont commencé à avoir des rapports sexuels [TRADUCTION] « peu après ». Malheureusement, la preuve n’indique pas précisément quand a eu lieu leur premier rapport sexuel ni la fréquence approximative de leurs rapports sexuels au cours des 18 mois qui ont suivi.

L’intimé s’est rendu dans une clinique médicale de St. John’s le 16 octobre 1991 pour y subir un test de dépistage du VIH, mais il n’en a rien dit à la plaignante. Son nom figurait, semble-t-il, sur une liste d’anciens partenaires fournie par une personne séropositive, c’est-à-dire dont un test avait révélé qu’elle avait été infectée par le virus de l’immunodéficience humaine. L’intimé a appris le 15 novembre 1991 qu’il était lui aussi séropositif.

a nurse about HIV, its transmission, safer practices and his duty to disclose his HIV status to sexual partners. The respondent says he was devastated by the result of the test, but chose to follow none of the recommended safer practices in his relationship with the complainant, whom he kept in the dark about his HIV condition. He provided the names of two past sexual partners to the public health authorities, but not the name of the complainant. In fact, as stated, the complainant did not know the respondent had been tested.

The complainant took an HIV test on November 20, 1991. We do not know who or what prompted this action. She tested negative for the virus and so informed the respondent. Their sexual relationship continued for another year, terminating for unrelated reasons in November 1992.

In the spring of 1994, the complainant attended a program called *Skills for Success*. A guest speaker spoke on the subject of HIV and AIDS. The complainant became concerned because she was displaying some of the symptoms of HIV infection that were mentioned by the guest lecturer. This prompted her to get a second test done. She was informed that she was HIV-positive on April 15, 1994.

When the complainant confronted the respondent with the result of her test, he repeatedly and falsely denied that he had ever tested positive for HIV.

When questioned as to whether she would have had sexual relations with the respondent had she known that he was HIV-positive, the complainant's response as recorded in the Agreed Statement of Facts was: "At any point in my life, no, I would not have had sex with somebody that's HIV-positive."

In the Agreed Statement of Facts, the respondent concedes that he "did infect [the complainant] with HIV". As to timing, the Crown conceded that "it is possible that [the respondent] infected [the

Deux médecins et une infirmière lui ont prodigué des conseils à au moins trois occasions au sujet du VIH, de sa transmission, des précautions à prendre et de son devoir d'informer ses partenaires sexuels de son état. L'intimé a déclaré que le résultat du test l'avait atterré, mais qu'il avait décidé, en ce qui concernait sa relation avec la plaignante — à qui il a caché qu'il était séropositif — de ne prendre aucune des précautions qui lui avaient été recommandées. Il a fourni aux autorités sanitaires le nom de deux anciennes partenaires sexuelles, mais il a tu celui de la plaignante. Comme il l'a été affirmé, la plaignante ignorait en fait que l'intimé avait subi des tests.

La plaignante s'est soumise à un test de dépistage du VIH le 20 novembre 1991. On ignore à l'instigation de qui ou pour quelle raison elle a subi ce test. Elle a obtenu un résultat négatif et en a informé l'intimé. Leur liaison s'est poursuivie pendant une autre année et elle a pris fin, pour d'autres raisons, au mois de novembre 1992.

Au printemps 1994, la plaignante a suivi le programme *Skills for Success*, qui comportait une conférence sur le VIH et le SIDA. Inquiète de ce qu'elle présentait quelques-uns des symptômes de l'infection à VIH énumérés par le conférencier invité, elle a décidé de subir un nouveau test de dépistage. Elle a appris qu'elle était séropositive le 15 avril 1994.

Lorsqu'elle l'a mis au courant du résultat de son test, l'intimé a menti en niant à plusieurs reprises avoir déjà obtenu un résultat positif à un test de dépistage du VIH.

Il appert de l'exposé conjoint des faits que, lorsqu'on lui a demandé si elle aurait eu des relations sexuelles avec l'intimé si elle avait su qu'il était séropositif, la plaignante a répondu : [TRADUCTION] « Jamais de la vie, je n'aurais pas eu de rapports sexuels avec quelqu'un de séropositif. »

Dans l'exposé conjoint des faits, l'intimé reconnaît [TRADUCTION] « avoir transmis le VIH [à la plaignante] ». Quant à savoir quand il le lui a transmis, le ministère public a convenu qu'il [TRADUCTION]

6

7

8

9

10

complainant] before learning of his positive status” (emphasis added).

A. *The Medical Evidence*

11 The Agreed Statement of Facts sets out, *inter alia*, the following attributes of HIV infection:

37. A single act of unprotected vaginal intercourse carries a significant risk of HIV transmission.
38. To date, there is no cure for HIV infection. The current approach to treatment is to use a combination of drugs to try and control the virus. Even with treatment, HIV infection can still lead to devastating illnesses with fatal consequences.
- . . . .
40. Anti-body testing is still the primary way of testing for HIV. . . .
41. . . . between seventy to ninety percent of people develop the HIV antibodies within three months of infection. Ninety-nine point nine percent of people will test positive for the HIV antibodies within six months of infection. There have been some reports where it has taken up to a year and even one report that [it took] eighteen months.

12 Accordingly, at the time the respondent found out that he was HIV-positive, it is clear that he had already been a carrier of HIV for a significant period of time.

13 Equally, although the complainant tested negative for HIV shortly thereafter, she may well have been infected with HIV but not yet had time to develop the antibodies that would disclose her condition in the test.

14 It was therefore at least doubtful that the complainant was free of HIV infection at the time the respondent first discovered, and then concealed, his HIV status on November 15, 1991.

« est possible que [l’intimé] ait infecté [la plaignante] avant d’apprendre qu’il était séropositif » (je souligne).

A. *La preuve médicale*

L’exposé conjoint des faits énumère notamment les caractéristiques suivantes d’une infection à VIH :

[TRADUCTION]

37. Un seul rapport sexuel vaginal non protégé comporte un risque important de transmission du VIH.
38. À ce jour, l’infection à VIH est encore incurable. Le traitement actuel consiste à utiliser une combinaison de médicaments visant à tenir le virus en échec mais, même traitée, une infection à VIH peut entraîner des maladies dévastatrices aux conséquences fatales.
- . . . .
40. C’est encore principalement par la détection des anticorps que se fait le dépistage du VIH. . .
41. . . . entre 70 et 90 pour 100 des personnes infectées développent des anticorps anti-VIH dans les trois mois suivant l’infection. Dans les six mois suivant l’infection, les tests indiqueront la présence d’anticorps dans 99,9 pour 100 des cas. Certains rapports indiquent que l’apparition d’anticorps peut prendre un an, et un rapport fait même état d’une période de 18 mois.

Par conséquent, lorsque l’intimé a découvert qu’il était séropositif, il est clair qu’il était déjà porteur du VIH depuis un bon moment.

De la même façon, même si le test subi par la plaignante peu de temps après s’est révélé négatif, il se peut bien qu’elle ait déjà été infectée par le VIH mais qu’elle n’ait pas encore développé les anticorps permettant de détecter son état lors du test.

Il existe donc à tout le moins un doute qui nous empêche d’affirmer que la plaignante n’avait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991, au moment où l’intimé a découvert, puis décidé de ne pas révéler, qu’il était séropositif.

### B. *Dr. Michael Bowmer's Evidence*

Dr. Bowmer, a physician with the Health Care Corporation, Infectious Diseases and Internal Medicine, in St. John's, was one of the specialist doctors who counselled the respondent. In the course of his testimony at the preliminary inquiry, Dr. Bowmer was asked whether one partner with HIV could re-infect another partner who was already infected with HIV. He responded that HIV "mutates very quickly" over a period of time and can produce in one partner a drug-resistant strain. The mutant strain might then be transferred to the other partner, thereby transmitting a drug-resistant strain of HIV to which an HIV-positive complainant had not previously been exposed, with possibly lethal consequences. Safer sex therefore continues to be important "because the resistance of one virus in one person may occur at a different rate than the resistance in another. And then the potential is that the person who is not resistant [to drug therapy] receives the resistant strain."

Dr. Bowmer was not called as a witness at trial, but a transcript of his evidence at the preliminary inquiry was "adopted as a part of the facts of the case". The Crown did not pursue a "re-infection" theory either at trial or on the appeal to the Newfoundland and Labrador Court of Appeal. The Crown did not put forward the possibility suggested by Dr. Bowmer that a partner who was already infected with HIV could nevertheless be re-infected with a "mutant" HIV strain resistant to drugs, possibly because Dr. Bowmer himself conceded that "we don't know enough about the virus in an individual person to know how rapidly one virus is mutating to a resistant strain". No tests were done in this respect on either the respondent or the complainant.

### C. *The Court Proceedings*

The respondent was charged with aggravated assault, criminal negligence causing bodily harm and common nuisance. The trial judge found the respondent guilty of aggravated assault and common nuisance but not guilty of criminal negligence

### B. *Le témoignage du D<sup>r</sup> Michael Bowmer*

Le docteur Bowmer exerçait la médecine à St. John's, au sein de la Health Care Corporation, spécialisée en maladies infectieuses et en médecine interne. Il est l'un des spécialistes qui ont conseillé l'intimé. Au cours de son témoignage à l'enquête préliminaire, on a demandé au D<sup>r</sup> Bowmer si une personne porteuse du VIH pouvait réinfecter un partenaire déjà contaminé. Il a répondu que le VIH [TRADUCTION] « subit des mutations très rapides » et peut produire une souche pharmacorésistante chez une personne. Celle-ci peut alors la transmettre à son ou à sa partenaire et lui inoculer une souche de VIH pharmacorésistante à laquelle cette personne n'avait pas été exposée avant, ce qui peut entraîner son décès. C'est pourquoi il demeure important, selon lui, d'avoir des rapports sexuels protégés [TRADUCTION] « parce que la résistance d'un virus peut varier d'un individu à l'autre. Il est alors possible qu'une personne n'ayant pas développé de résistance [à la médication] reçoive une souche résistante. »

Le docteur Bowmer n'a pas été cité comme témoin au procès, mais la transcription de son témoignage à l'enquête préliminaire a été [TRADUCTION] « utilisée comme faisant partie des faits de l'espèce ». Le ministère public n'a invoqué la thèse de la « réinfection » ni au procès ni devant la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador. Il n'a pas non plus invoqué la possibilité, évoquée par le D<sup>r</sup> Bowmer, qu'une personne déjà porteuse du VIH puisse être réinfectée par une souche pharmacorésistante « mutante » du VIH, peut-être parce que le D<sup>r</sup> Bowmer lui-même a reconnu que [TRADUCTION] « nous ne connaissons pas assez bien le comportement du virus chez l'être humain pour savoir avec quelle rapidité il peut subir des mutations et se transformer en une souche résistante ». Aucun test n'a été administré à cet égard à l'intimé ou à la plaignante.

### C. *L'historique judiciaire*

L'intimé a été accusé de voies de fait graves, de négligence criminelle causant des lésions corporelles et de nuisance publique. Le juge du procès l'a déclaré coupable de voies de fait graves et de nuisance publique mais non de négligence criminelle

15

16

17

causing bodily harm ((2000), 189 Nfld. & P.E.I.R. 156). On appeal, the Court of Appeal unanimously dismissed the respondent's appeal on his conviction for common nuisance ((2001), 158 C.C.C. (3d) 523, 2001 NFCA 52). A majority of the Court of Appeal allowed the appeal against conviction for aggravated assault, but substituted a conviction for *attempted* aggravated assault.

18 Wells C.J.N. would have dismissed the appeal against conviction on the charge of aggravated assault because in his view, the Crown should not be required to “do the impossible” and prove, beyond a reasonable doubt, that the complainant was not infected with HIV prior to November 15, 1991. In the present state of medical science, this can never be proven. Recognition of that uncertainty does not automatically constitute reasonable doubt as to whether the respondent, on the basis of the standard set out in *R. v. Cuerrier*, [1998] 2 S.C.R. 371, endangered the life of the complainant. In the view of Wells C.J.N., the Crown had only to prove the chance or possibility that the complainant was still HIV-free on November 15, 1991 for there to be a risk. While it can never be known whether the risk in this case was low or medium or high, in his view the key is that there was a risk. The Court, in *Cuerrier*, *supra*, specifically decided that proof of actual harm was not required. It was sufficient to prove exposure to risk.

## II. Analysis

19 The exposure of an unwitting sexual partner to the risk of HIV infection, through a deliberate deception, is the stuff of nightmares, yet cases of such misconduct now regularly come before the courts.

20 There is no doubt that the respondent's conduct was criminal. He stands convicted of attempted aggravated assault (maximum penalty of seven years) and common nuisance (maximum penalty of two years).

causant des lésions corporelles ((2000), 189 Nfld. & P.E.I.R. 156). La Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel formé par l'intimé contre sa condamnation pour nuisance publique ((2001), 158 C.C.C. (3d) 523, 2001 NFCA 52), mais elle a accueilli à la majorité son appel contre la condamnation pour voies de fait graves, lui substituant une condamnation pour *tentative* de voies de fait graves.

Le juge en chef Wells aurait rejeté l'appel interjeté contre la condamnation pour voies de fait graves parce que, selon lui, la poursuite ne devrait pas [TRADUCTION] « être tenue à l'impossible » et avoir à prouver hors de tout doute raisonnable que la plaignante n'avait pas été contaminée par le VIH avant le 15 novembre 1991. Dans l'état actuel de la médecine, cette preuve est impossible à faire. La reconnaissance de cette incertitude ne constitue pas automatiquement un doute raisonnable relativement à la question de savoir si l'intimé a mis en danger la vie de la plaignante selon le critère établi dans *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371. De l'avis du juge en chef Wells, il suffisait que le ministère public prouve l'existence d'une possibilité que la plaignante n'ait pas déjà été contaminée le 15 novembre 1991 pour établir l'existence d'un risque de préjudice. Bien qu'on ne puisse jamais déterminer, en l'espèce, si ce risque était faible, moyen ou élevé, l'important était, selon le Juge en chef, que ce risque existât. Dans l'arrêt *Cuerrier*, précité, la Cour a expressément statué qu'il n'était pas nécessaire de prouver un préjudice réel. Il suffisait de prouver qu'il y avait eu exposition à un risque de préjudice.

## II. Analyse

Qu'une personne dupe délibérément son ou sa partenaire et l'expose ainsi au risque de contracter une infection à VIH relève du cauchemar. Pourtant, de nos jours, les tribunaux sont appelés régulièrement à se prononcer sur un tel comportement répréhensible.

Il ne fait aucun doute que la conduite de l'intimé était criminelle. Il a été condamné pour tentative de voies de fait graves (infraction punissable d'une peine maximale de sept ans d'emprisonnement) et pour nuisance publique (infraction punissable d'une peine maximale de deux ans d'emprisonnement).

The Crown is not satisfied with the conviction on *attempted* aggravated assault. The Crown's view is that the respondent should be convicted on the greater offence of aggravated assault itself.

The *mens rea* for aggravated assault is the *mens rea* for assault (intent to apply force intentionally or recklessly or being wilfully blind to the fact that the victim does not consent) plus objective foresight of the risk of bodily harm: *R. v. Godin*, [1994] 2 S.C.R. 484, at p. 485, and *Cuerrier*, *supra*, at para. 95. There is no dispute that, in this case, this mental element of aggravated assault has been proven beyond a reasonable doubt.

The central issue in this case, therefore, is whether, having charged the respondent with *aggravated* assault, the Crown was able to prove all of the requisite elements of the *actus reus* of that particular crime, which is defined in s. 268(1) of the *Criminal Code* as follows:

**268.** (1) Every one commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

Prosecution of that particular offence, which has as its focus the *consequences* of the assault, is complicated in this case by the “window” of uncertain duration between an individual contracting HIV and the ability of the medical authorities (at least in 1991) to test for it. The respondent seeks to exploit this window of uncertainty in two respects. Firstly, he says the complainant consented at all times during their relationship to unprotected sexual intercourse. Based on his interpretation of *Cuerrier*, *supra*, he says that her consent to unprotected sex after November 15, 1991 was not vitiated by his deception. Therefore, he argues, not only was there no aggravated assault, there was no assault at all.

Secondly, he says the Crown is unable to prove an essential element of the offence of aggravated assault, namely that the respondent's sexual conduct after knowing he had tested HIV-positive

La condamnation pour *tentative* de voies de fait graves ne satisfait pas le ministère public, qui estime que l'intimé aurait dû être déclaré coupable de l'infraction de voies de fait graves elle-même.

La *mens rea* de l'infraction de voies de fait graves correspond à la *mens rea* de l'infraction de voies de fait (c'est-à-dire, soit l'intention d'employer la force de manière intentionnelle ou insouciance, soit un aveuglement volontaire à l'égard de l'absence de consentement de la victime) à laquelle s'ajoute la prévision objective de lésions corporelles : *R. c. Godin*, [1994] 2 R.C.S. 484, p. 485, et *Cuerrier*, précité, par. 95. Nul ne conteste qu'en l'espèce, cet élément moral de l'infraction de voies de fait graves a été prouvé hors de tout doute raisonnable.

Il s'agit donc essentiellement en l'espèce de déterminer si le ministère public a réussi à prouver tous les éléments de l'*actus reus* de l'infraction de voies de fait graves dont il a accusé l'intimé, définie ainsi au par. 268(1) du *Code criminel* :

**268.** (1) Commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutile ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

Les poursuites judiciaires relatives à cette infraction, qui sont axées sur les *conséquences* des voies de fait, se compliquent ici en raison de la « fenêtre sérologique » d'une durée incertaine qui sépare le moment où une personne contracte le VIH et celui où les autorités médicales peuvent détecter l'infection (ou du moins le pouvaient en 1991). L'intimé cherche à tirer parti de cette incertitude de deux façons. Il soutient, premièrement, que la plaignante a toujours consenti à avoir des rapports sexuels non protégés pendant leur liaison. En se fondant sur sa propre interprétation de l'arrêt *Cuerrier*, précité, il prétend que le consentement de la plaignante est demeuré valide après le 15 novembre 1991, même s'il l'a dupée. Par conséquent, selon lui, non seulement il n'y a pas eu de voies de fait graves, mais il n'y a pas eu de voies de fait du tout.

Deuxièmement, l'intimé affirme que le ministère public est incapable de prouver un élément essentiel de l'infraction de voies de fait graves, savoir que sa conduite sexuelle, après qu'il a appris qu'il était

21

22

23

24

25

endangered the complainant's life. The Crown, he says, is unable to prove the *actus reus* of one of the particular offences it chose to prosecute.

26 I think the respondent's first point is based on an erroneous interpretation of *Cuerrier*, but that he is entitled to succeed, based on the Agreed Statement of Facts, on his second point.

A. *The Critical Date — November 15, 1991*

27 The most important date in this case is November 15, 1991. On that date, the respondent learned that he was HIV-positive. I do not overlook the possibility that prior to November 15, 1991 he might have anticipated at least the risk of an HIV-positive outcome, perhaps by October 16, 1991 when he was called in for the test, but we have no satisfactory proof of that. The critical date for the purpose of establishing fraud to vitiate consent (*Criminal Code*, s. 265(3)(c)) is when the respondent had sufficient awareness of his HIV-positive status that he can be said to have acted "intentionally or recklessly, with knowledge of the facts constituting the offence, or with wilful blindness toward them" (*R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1309). In this context, the distinction between recklessness and wilful blindness could be important:

Wilful blindness is distinct from recklessness because, while recklessness involves knowledge of a danger or risk and persistence in a course of conduct which creates a risk that the prohibited result will occur, wilful blindness arises where a person who has become aware of the need for some inquiry declines to make the inquiry because he does not wish to know the truth. He would prefer to remain ignorant. [Emphasis added.]

(*Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, at p. 584, per McIntyre J.)

28 Once an individual becomes aware of a risk that he or she has contracted HIV, and hence that his or her partner's consent has become an issue, but nevertheless persists in unprotected sex that creates a risk of further HIV transmission

séropositif, a mis en danger la vie de la plaignante. Selon lui, le ministère public est incapable de prouver l'*actus reus* de l'une des infractions à l'égard desquelles il a décidé d'engager une poursuite.

À mon avis, le premier argument de l'intimé repose sur une interprétation erronée de l'arrêt *Cuerrier* mais, si l'on se reporte à l'exposé conjoint des faits, il faut donner raison à l'intimé en ce qui concerne son deuxième argument.

A. *La date critique du 15 novembre 1991*

La date la plus importante en l'espèce est le 15 novembre 1991. C'est à cette date que l'intimé a appris qu'il était séropositif. Il ne m'échappe pas qu'il ait pu, avant cette date, envisager à tout le moins l'existence d'un risque d'être séropositif, peut-être à compter du 16 octobre 1991 lorsqu'il a été appelé pour subir le test, mais nous n'avons pas de preuve suffisante de ce fait. La date critique quant à la preuve d'une fraude viciant le consentement (al. 265(3)c) du *Code criminel*) est la date à partir de laquelle l'intimé était suffisamment au courant de sa séropositivité pour pouvoir être considéré comme agissant « intentionnellement ou sans se soucier des conséquences, en étant conscient des faits constituant l'infraction ou en refusant volontairement de les envisager » (*R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, p. 1309). Dans ce contexte, la distinction entre insouciance et ignorance volontaire peut avoir de l'importance :

L'ignorance volontaire diffère de l'insouciance parce que, alors que l'insouciance comporte la connaissance d'un danger ou d'un risque et la persistance dans une conduite qui engendre le risque que le résultat prohibé se produise, l'ignorance volontaire se produit lorsqu'une personne qui a ressenti le besoin de se renseigner refuse de le faire parce qu'elle ne veut pas connaître la vérité. Elle préfère rester dans l'ignorance. [Je souligne.]

(*Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, p. 584, le juge McIntyre)

Lorsqu'une personne apprend l'existence d'un risque qu'elle ait contracté le VIH et que, par conséquent, la question du consentement de son ou de sa partenaire se pose, mais qu'elle persiste néanmoins, sans rien divulguer à son ou à sa partenaire, à avoir

without disclosure to his or her partner, recklessness is established.

In the present case, however, the Agreed Statement of Facts does not permit us to draw any firm conclusions about the state of the respondent's awareness of the danger, or even *the risk* of the danger of HIV infection prior to November 15, beyond the bare fact that he was asked to take a test. We have almost no knowledge of the circumstances.

Giving the respondent the benefit of the doubt, I therefore propose to use November 15, 1991 as the date when, clearly, he knew that he was HIV-positive and, moreover, had been warned by the doctors that sexual intercourse with an unprotected partner could have potentially lethal consequences for her, but nevertheless persisted.

For purposes of this case, it makes no difference whether the critical date is October 16 or November 15, 1991. In the Agreed Statement of Facts, at para. 46, the Crown acknowledged that the complainant might have become infected with HIV as early as August 1991:

... it is possible that [the respondent] infected [the complainant] before learning of his positive status. [The complainant]'s negative test result may have been within [the complainant]'s "window period" in that when [the complainant] was tested on November 20, 1991 her body had not yet produced the HIV antibodies which the test is designed to detect. It is possible that on November 20, 1991, [the complainant] was incubating the virus and her body had not yet made the antibody, and thereby if present, it was undetectable. It is possible that she may have been infected in August, 1991, but not tested HIV-positive on November 20, 1991.

The trial judge said the complainant's negative test of November 20, 1991 is "the best evidence we have of her status at that time" (para. 26), but, with respect, this statement flew in the face of all the medical evidence about the duration of "the window" of incubation between the infection and testability contained in the Agreed Statement of Facts. At the very least, there is a reasonable doubt about when she was first infected with HIV.

des rapports sexuels non protégés susceptibles de lui transmettre le VIH, l'insouciance est établie.

En l'espèce, toutefois, l'exposé conjoint des faits ne nous permet pas de tirer de conclusion ferme au sujet de la connaissance que l'intimé avait du danger ou même *du risque* de danger d'infection à VIH avant le 15 novembre, hormis le fait qu'on lui avait demandé de subir un test. Nous ne savons presque rien des circonstances.

Donnant à l'intimé le bénéfice du doute, je suis donc d'avis de considérer le 15 novembre 1991 comme la date à laquelle l'intimé a su clairement qu'il était séropositif et a persisté à avoir des rapports sexuels non protégés après avoir été averti par les médecins que ce comportement pouvait causer la mort de sa partenaire.

En l'espèce, il importe peu que la date critique soit le 16 octobre ou le 15 novembre 1991, puisque, dans l'exposé conjoint des faits, au par. 46, le ministère public a reconnu que la plaignante avait pu contracter le VIH dès le mois d'août 1991 :

[TRADUCTION]. . . il est possible que [l'intimé] ait infecté [la plaignante] avant d'apprendre qu'il était séropositif. Le résultat négatif du test subi par [la plaignante] pouvait se situer dans sa « fenêtre sérologique », c'est-à-dire que, lorsque [la plaignante] a subi le test le 20 novembre 1991, son corps n'avait pas encore produit les anticorps anti-VIH que le test est censé détecter. Il est possible que, le 20 novembre 1991, [la plaignante] ait été en période d'incubation et que son organisme n'ait pas encore développé les anticorps, de sorte que le virus, s'il était présent, n'était pas détectable. Il se peut qu'elle ait été infectée au mois d'août 1991, mais que le test de dépistage du VIH se soit révélé négatif le 20 novembre 1991.

Pour le juge du procès, le résultat négatif du test subi par la plaignante le 20 novembre 1991 constituait [TRADUCTION] « la meilleure preuve au dossier de son état à cette date » (par. 26). En toute déférence, cette conclusion ne tient pas compte de l'ensemble de la preuve médicale présentée dans l'exposé conjoint des faits au sujet de la durée de la « fenêtre sérologique » séparant le moment de l'infection de celui où elle peut être détectée par un test. Il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la date à laquelle la plaignante a été infectée par le VIH.

29

30

31

32

33 The Court of Appeal thought the evidence showed it *likely* that the complainant was infected with HIV prior to November 15, 1991. I agree.

34 Although the respondent was deceitful after November 15, 1991, the Crown concedes that it cannot show that sexual activity after that date harmed the complainant, or even exposed her to a significant risk of harm, because at that point she was possibly, and perhaps likely, already infected with HIV.

B. *The Necessary Concurrence of Intent and Endangerment*

35 To constitute a crime “at some point the *actus reus* and the *mens rea* or intent must coincide”: *R. v. Cooper*, [1993] 1 S.C.R. 146, at p. 157. See also *R. v. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52 (Ont. C.A.), at pp. 53-54. Here, however, before November 15, 1991, there was an endangerment but no intent; after November 15, 1991, there was an intent but at the very least a reasonable doubt about the existence of any endangerment. Therein lies the essence of the Crown’s problem in this case.

C. *The Consent Issue*

36 The absence of consent is an essential element of any assault. I reproduce for convenience the relevant *Criminal Code* provisions:

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

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

. . .

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

. . .

(c) fraud; or [Emphasis added.]

La Cour d’appel a estimé que la preuve démontrait qu’il était *probable* que la plaignante avait été infectée avant le 15 novembre 1991. Je partage ce point de vue.

Bien que l’intimé ait dupé la plaignante après le 15 novembre 1991, le ministère public concède qu’il ne peut établir que l’activité sexuelle de la plaignante après cette date lui a causé un préjudice ou même qu’elle l’a exposée à un risque sérieux de préjudice, parce qu’il était possible, et peut-être probable, qu’elle fut déjà porteuse du VIH à ce moment.

B. *La nécessaire concomitance de l’intention et de la mise en danger*

Pour qu’il y ait crime, « à un moment donné, l’*actus reus* et la *mens rea* ou l’intention doivent coïncider » : *R. c. Cooper*, [1993] 1 R.C.S. 146, p. 157. Voir aussi *R. c. Droste* (1979), 49 C.C.C. (2d) 52 (C.A. Ont.), p. 53-54). Ici, toutefois, il y a eu mise en danger sans intention avant le 15 novembre 1991 et, après cette date, il y a eu intention mais il existe à tout le moins un doute raisonnable quant à la mise en danger. C’est là le nœud du problème du ministère public en l’espèce.

C. *Le consentement*

L’absence de consentement constitue un élément essentiel de toutes les formes d’agression, d’attaque ou de voies de fait. Voici, pour plus de commodité, les dispositions pertinentes du *Code criminel* :

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

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

. . .

(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 :

. . .

c) soit de la fraude; [Je souligne.]

The meaning of consent in the assault context was recently considered by the Court in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 26-27, *per* Major J.:

The absence of consent, however, is subjective and determined by reference to the complainant's subjective internal state of mind towards the touching, at the time it occurred . . . .

Confusion has arisen from time to time on the meaning of consent as an element of the *actus reus* of sexual assault. Some of this confusion has been caused by the word "consent" itself. A number of commentators have observed that the notion of consent connotes active behaviour . . . . While this may be true in the general use of the word, for the purposes of determining the absence of consent as an element of the *actus reus*, the actual state of mind of the complainant is determinative. At this point, the trier of fact is only concerned with the complainant's perspective. The approach is purely subjective. [Emphasis added.]

There is no doubt that the complainant did not subjectively consent to unprotected sex with an HIV-positive partner. She so testified and there is no reason to doubt her. Following November 15, 1991, the respondent knew, but the complainant did not, that he was HIV-positive. Each act of unprotected sex exposed her to the lethal virus. There is nothing whatsoever in the evidence to suggest that the complainant, believing rightly or wrongly that she was HIV-free, consented to run such a risk.

In *Cuerrier, supra*, an HIV-positive accused had, as had the respondent in this case, engaged in unprotected sex with two complainants without disclosing his infection. However, unlike here, the complainants in *Cuerrier* did not become infected with HIV. Cory J. held, at para. 127:

Without disclosure of HIV status there cannot be a true consent. The consent cannot simply be to have sexual intercourse. Rather it must be consent to have intercourse with a partner who is HIV-positive. True consent cannot be given if there has not been a disclosure by the accused of his HIV-positive status. A consent that is

La Cour a examiné récemment ce que l'on entend par le consentement dans le contexte d'une agression ou de voies de fait dans l'arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, par. 26-27, le juge Major :

Toutefois, l'absence de consentement est subjective et déterminée par rapport à l'état d'esprit subjectif dans lequel se trouvait en son for intérieur la plaignante à l'égard des attouchements, lorsqu'ils ont eu lieu . . . .

Il arrive à l'occasion qu'il y ait confusion quant à la signification du consentement comme élément de l'*actus reus* de l'infraction d'agression sexuelle. Cette confusion est causée en partie par le mot « consentement » lui-même. Selon plusieurs commentateurs, la notion de consentement suggère un comportement actif [. . .] Bien que cela puisse être exact dans l'usage général du mot, pour décider si l'absence de consentement est un élément de l'*actus reus*, c'est l'état d'esprit réel de la plaignante qui est déterminant. À cette étape, le juge des faits ne s'intéresse qu'au point de vue de la plaignante. La démarche est purement subjective. [Je souligne.]

Il ne fait aucun doute que la plaignante n'a pas subjectivement consenti à avoir des rapports sexuels non protégés avec un partenaire séropositif. C'est ce qu'elle a déclaré dans son témoignage, et il n'y a aucune raison de mettre sa déclaration en doute. Après le 15 novembre 1991, l'intimé savait qu'il était séropositif, mais la plaignante l'ignorait. Chaque relation sexuelle non protégée l'exposait au virus mortel. Il n'existe absolument aucun élément de preuve indiquant que la plaignante qui, à tort ou à raison, ne croyait pas avoir été contaminée par le VIH, a consenti à courir un tel risque.

Dans l'affaire *Cuerrier*, précitée, un accusé séropositif avait eu, comme l'intimé en l'espèce, des rapports sexuels non protégés avec deux plaignantes sans leur faire part de son état. Toutefois, contrairement à la plaignante dans la présente affaire, les plaignantes dans *Cuerrier* n'avaient pas été infectées par le VIH. Le juge Cory a déclaré ce qui suit au par. 127 :

Sans divulgation de la séropositivité, il ne peut y avoir de consentement véritable. Le consentement ne peut se limiter uniquement aux rapports sexuels. Il doit plutôt s'agir d'un consentement à des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Il ne peut y avoir de consentement véritable s'il n'y a pas eu divulgation par l'accusé de sa

37

38

39

not based upon knowledge of the significant relevant factors is not a valid consent.

In that case, sex with the accused had put the complainants at significant risk to their health. This was sufficient to vitiate their consent to sexual intercourse.

40 The *Cuerrier* principle, reproduced above, applies here. The complainant never consented to have sexual intercourse with a partner who was HIV-positive. As of November 15, 1991, at the latest, he knew he was HIV-positive and she did not. The unexpected revelation to the complainant in 1994 that she might already have been infected by the respondent prior to November 15, 1991, could have had no possible retroactive effect on her mental state at the time of the relationship more than two years earlier. At all *relevant* times, she believed that *both* she and the respondent were HIV-free. That is enough to reject the respondent's argument on consent.

D. *Proof of the Consequences of an Assault Is an Essential Element of Aggravated Assault*

41 The requirements of an aggravated assault include those of the assault itself plus, as mentioned, certain listed consequences:

**268.** (1) Every one commits an aggravated assault who wounds, maims, disfigures or endangers the life of the complainant.

The prosecution must establish all of the elements of an assault *plus* the aggravating circumstance.

42 In *R. v. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563 (Ont. C.A.), Lacourcière J.A. wrote for the court, at pp. 567-68:

The case-law interpreting the sections quoted [ss. 265 and 268] makes it clear that the essential intent required for an assault, as defined, remains the same for all forms of assault, including aggravated assault. Parliament intended that the severity of the punishment should increase to reflect the more serious consequences of the assault. [Emphasis added.]

séropositivité. Le consentement qui n'est pas fondé sur la connaissance d'importants facteurs pertinents n'est pas valide.

Dans l'affaire *Cuerrier*, les relations sexuelles avec l'accusé avaient fait courir aux plaignantes un risque sérieux pour leur santé. Cela suffisait pour vicier leur consentement aux rapports sexuels.

Le principe dégagé dans l'arrêt *Cuerrier*, reproduit ci-haut, s'applique en l'espèce. La plaignante n'a jamais consenti à avoir des rapports sexuels avec un partenaire séropositif. Au plus tard le 15 novembre 1991, l'intimé savait qu'il était séropositif, et elle l'ignorait. La révélation inattendue faite à la plaignante, en 1994, qu'elle pouvait avoir déjà été infectée par l'intimé avant le 15 novembre 1991 ne pouvait d'aucune façon influencer rétroactivement sur son état d'esprit pendant sa liaison, plus de deux ans auparavant. Pendant toute la période *pertinente*, elle croyait que *ni elle ni l'intimé* n'étaient porteurs du VIH. Cela suffit pour rejeter l'argument de l'intimé relativement au consentement.

D. *La preuve des conséquences des voies de fait est un élément essentiel des voies de fait graves*

Les éléments constitutifs de l'infraction de voies de fait graves incluent, outre les éléments constitutifs de l'infraction de voies de faits, certaines conséquences énumérées par le *Code criminel* :

**268.** (1) Commet des voies de fait graves quiconque blesse, mutile ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger.

Le poursuivant doit établir tous les éléments constitutifs des voies de fait *plus* les circonstances aggravantes.

Dans l'arrêt *R. c. Leclerc* (1991), 67 C.C.C. (3d) 563 (C.A. Ont.), le juge Lacourcière s'est exprimé ainsi au nom de la cour aux p. 567-568 :

[TRADUCTION] Il ressort clairement de la jurisprudence ayant interprété les dispositions en cause [art. 265 et 268] que l'intention exigée par l'infraction de voies de fait ou d'agression, telle qu'elle est définie, est la même pour toutes les formes de voies de fait et d'agression, y compris les voies de fait graves. Le législateur a voulu que la sévérité de la punition croisse en fonction de la gravité des conséquences de l'infraction. [Je souligne.]

In *Godin, supra*, Cory J. stated, at p. 485, “[t]he section pertains to an assault that has the consequences of wounding, maiming or disfiguring” (emphasis added) or (to complete the list) endangering life. “Endanger” means to “[p]ut in danger . . . put in peril . . . [i]ncur the risk”: *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, at p. 816. As to the focus on consequences, see generally *R. v. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153, at para. 4; *R. v. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348 (Alta. C.A.), at para. 9; and *R. v. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL) (Gen. Div.), at para. 23. See also *R. v. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32 (Ont. C.A.), at para. 12.

Section 268(1) is only one of a number of *Criminal Code* provisions that “call for a more serious charge if certain consequences follow”: *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944, at p. 966. These include criminal negligence causing bodily harm (s. 221), criminal negligence causing death (s. 220), dangerous operation causing bodily harm (s. 249(3)), dangerous operation causing death (s. 249(4)), impaired driving causing bodily harm (s. 255(2)), impaired driving causing death (s. 255(3)), assault causing bodily harm (s. 267(b)), aggravated assault (s. 268), sexual assault causing bodily harm (s. 272(1)(c)), aggravated sexual assault (s. 273(1)), mischief causing danger to life (s. 430(2)) and arson causing bodily harm (s. 433(b)).

The “aggravation” in aggravated assault thus comes from the consequences. In *DeSousa* itself, the Court held, at pp. 966-67, *per Sopinka J.*:

No principle of fundamental justice prevents Parliament from treating crimes with certain consequences as more serious than crimes which lack those consequences.

Dans *Godin*, précité, le juge Cory a déclaré, à la p. 485 : « [l]e paragraphe se rapporte à des voies de fait qui ont pour conséquence de blesser, mutiler ou défigurer » (je souligne) ou (pour compléter la liste) de mettre la vie en danger. Le mot « danger » renvoi à la notion de péril ou de risque, tout comme le terme « *endanger* », utilisé dans la version anglaise et qui signifie « *[p]ut in danger . . . put in peril . . . [i]ncur the risk* » : *New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 816. Pour ce qui est de mettre l’accent sur les conséquences, voir, en général, *R. c. Brodie* (1995), 60 B.C.A.C. 153, par. 4; *R. c. Dewey* (1999), 132 C.C.C. (3d) 348 (C.A. Alb.), par. 9; et *R. c. Ross*, [1998] O.J. No. 3427 (QL) (Div. gén.), par. 23. Voir aussi *R. c. Vang* (1999), 132 C.C.C. (3d) 32 (C.A. Ont.), par. 12.

Le paragraphe 268(1) n’est pas la seule disposition du *Code criminel* qui « donn[e] lieu à une inculpation plus grave si certaines conséquences en découlent » (*R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944, p. 966). Il y a aussi la négligence criminelle causant des lésions corporelles (art. 221), la négligence criminelle causant la mort (art. 220), la conduite dangereuse causant des lésions corporelles (par. 249(3)), la conduite dangereuse causant la mort (par. 249(4)), la conduite avec facultés affaiblies causant des lésions corporelles (par. 255(2)), la conduite avec facultés affaiblies causant la mort (par. 255(3)), les voies de fait avec infliction de lésions corporelles (al. 267b)), les voies de fait graves (art. 268), l’agression sexuelle avec infliction de lésions corporelles (al. 272(1)c)), l’agression sexuelle grave (par. 273(1)), le méfait causant un danger réel pour la vie (par. 430(2)) et l’incendie criminel causant des lésions corporelles (al. 433b)).

L’« aggravation », dans les voies de fait graves, provient donc des conséquences de l’infraction. Dans l’arrêt *DeSousa*, le juge Sopinka a écrit ce qui suit au nom de la Cour, aux p. 966-967 :

Aucun principe de justice fondamentale n’empêche le législateur de considérer les crimes entraînant certaines conséquences comme plus graves que les crimes qui n’en entraînent pas.

43

44

45

The same act of assault may injure one person but not another. The implicit rationale of the law in this area is that it is acceptable to distinguish between criminal responsibility for equally reprehensible acts on the basis of the harm that is actually caused. . . . [Emphasis added.]

46 The same act of sexual assault by an HIV-positive accused would undoubtedly injure or put at risk many potential partners but if, because of a complainant's particular circumstances, she was not put in harm's way by the assault charged, there is no aggravated assault. By way of further illustration, the gunman who fires a shot into a sleeping figure intending to kill him is not guilty of murder if, in fact, the intended victim had already died of natural causes.

47 I therefore agree with the majority of the Court of Appeal of Newfoundland and Labrador that proof of endangerment of the complainant's life was an essential element of the prosecution's case for aggravated assault.

#### E. *The Contrary View of the Trial Judge*

48 In the present case, the trial judge reviewed in some detail the judgment in *Cuerrier* and acknowledged, at para. 12:

The essence of what Cory J. wrote was that having unprotected sex with someone who is HIV-positive is inherently risky, that by its nature it endangers. The unique situation where it is not risky, where it does not endanger, is where infection has already occurred. [Emphasis added.]

Having said that, however, he found the respondent guilty of aggravated assault because

having unprotected sex with someone who is HIV-positive is inherently risky . . . by its nature it endangers. [Emphasis added.]

49 The trial judge erred, with respect, in switching the focus from the *consequences* of the assault to the *nature* of the assault ("by its nature it endangers"). There are several provisions of the *Criminal Code* that differentiate charges on the basis of the *nature*

La même agression peut causer une blessure à une personne, mais non à une autre. Le droit dans ce domaine repose sur le principe implicite qu'il est acceptable d'établir une distinction quant à la responsabilité criminelle entre des actes également répréhensibles en fonction du préjudice qui est effectivement causé. . . . [Je souligne.]

Le même acte d'agression sexuelle perpétré par un accusé séropositif pourrait sans aucun doute causer un préjudice à de nombreuses victimes potentielles ou les exposer à un risque, mais si, pour des raisons qui lui sont propres, une plaignante n'est pas mise en péril par l'agression ou les voies de fait, il n'y a pas de voies de fait graves. Pour donner un autre exemple, le tireur qui fait feu sur une silhouette qui semble endormie dans l'intention de tuer cette personne n'est pas coupable de meurtre si, en fait, celle-ci était déjà morte de causes naturelles.

Je pense donc, comme les juges majoritaires de la Cour d'appel de Terre-Neuve-et-Labrador, que la mise en danger de la vie de la plaignante était un élément essentiel de la preuve qui incombait à la poursuite relativement à l'infraction de voies de fait graves.

#### E. *L'opinion contraire du juge du procès*

En l'espèce, le juge du procès a effectué un examen assez approfondi de l'arrêt *Cuerrier*, et il a reconnu, au par. 12 :

[TRADUCTION] Essentiellement, le juge Cory a écrit que les rapports sexuels non protégés avec une personne séropositive sont intrinsèquement risqués, que, par leur nature, ils mettent en danger. Le seul cas où ils ne comportent pas de risque, où ils ne mettent pas en danger, est lorsqu'il y a déjà eu infection. [Je souligne.]

Il n'en a pas moins déclaré l'intimé coupable de voies de fait graves parce que :

[TRADUCTION] . . . les rapports sexuels non protégés avec une personne séropositive sont intrinsèquement risqués [ . . . ] par leur nature, ils mettent en danger. [Je souligne.]

À mon humble avis, le juge du procès a commis une erreur en mettant l'accent sur la *nature* des voies de fait (« par leur nature, ils mettent en danger »), plutôt que sur leurs *conséquences*. Plusieurs dispositions du *Code criminel* établissent une distinction

of the assault, e.g., s. 271 (sexual assault), but s. 268 (aggravated assault) is not one of them. Under that section, the court is directed by Parliament to focus on the consequences.

#### F. *The Dissenting View of Wells C.J.N.*

Wells C.J.N., in his dissent, took a position intermediate between his colleagues and the trial judge. Unlike the trial judge, he agreed, at para. 109, that the gist of the charge lay in the consequences:

Clearly, if the evidence established, *with certainty*, that the complainant was infected by the [respondent] (or anyone else) prior to November 15, 1991, the [respondent] could not be found guilty on the charge because, being already infected, the complainant was no longer in a condition where she could be exposed to *risk* of such infection, subsequent to the [respondent] discovering he was HIV positive. She could not become more infected. [Emphasis in original.]

He also agreed that the evidence raised a reasonable doubt as to whether the complainant was already infected as a result of unprotected sexual intercourse with the respondent prior to November 15, 1991, but “[b]eyond question”, he said, “*it is possible* that the complainant was not infected at the time that the [respondent] learned he was HIV-positive” (para. 116 (emphasis in original)).

Thus, unlike Welsh J.A., he concluded that if there was a possibility that the complainant was *not* infected on November 15, 1991, then she should be considered at risk or endangerment.

With respect, this amounts to saying that a reasonable doubt about the existence of the consequences required by s. 268(1) enures to the benefit of the Crown. An accused would be entitled to an acquittal only if it were established that the complainant was “with certainty” (Wells C.J.N.’s words) infected with HIV on November 15, 1991. This amounts to a reversal of the onus of proof on a central element of the *actus reus* of the offence, namely

entre les chefs d’accusation suivant la *nature* des voies de fait ou de l’agression, par exemple l’art. 271 (agression sexuelle), mais l’art. 268 (voies de fait graves) ne fait pas de telle distinction. Dans cette dernière disposition, le législateur oblige les tribunaux à mettre l’accent sur les conséquences.

#### F. *L’opinion dissidente du juge en chef Wells*

L’opinion exprimée par le juge en chef Wells de Terre-Neuve-et-Labrador, dissident, se situe à mi-chemin entre celle de ses collègues et celle du juge du procès. Contrairement à ce dernier, il convient, au par. 109, que les conséquences constituent l’élément déterminant de l’accusation :

[TRADUCTION] De toute évidence, si la preuve avait été établie *avec certitude* que la plaignante avait déjà été infectée par [l’intimé] (ou par quelqu’un d’autre) avant le 15 novembre 1991, [l’intimé] n’aurait pu être déclaré coupable de l’infraction reprochée parce que la plaignante, étant déjà infectée, ne pouvait plus être exposée à ce *risque* d’infection après que [l’intimé] a découvert qu’il était séropositif. Elle ne pouvait être infectée davantage. [En italique dans l’original.]

Il a reconnu que la preuve laissait subsister un doute raisonnable sur la question de savoir si la plaignante était déjà infectée par suite de ses rapports sexuels non protégés avec l’intimé avant le 15 novembre 1991, mais il a affirmé, au par. 116 : [TRADUCTION] « *il est possible*, sans aucun doute, que la plaignante n’ait pas été infectée au moment où [l’intimé] a appris qu’il était séropositif » (en italique dans l’original).

Le Juge en chef a donc conclu, contrairement au juge Welsh, que s’il existait une possibilité que la plaignante ne fût *pas* infectée le 15 novembre 1991, il fallait considérer qu’il y avait eu risque ou mise en danger.

En toute déférence, cette conclusion revient à dire que le doute raisonnable quant à l’existence des conséquences exigées par le par. 268(1) bénéficie au ministère public. L’accusé n’aurait droit à l’acquiescement que s’il était établi [TRADUCTION] « avec certitude » (pour reprendre les mots utilisés par le juge en chef Wells) que la plaignante était porteuse du VIH le 15 novembre 1991. Cela équivaudrait à inverser le fardeau de la preuve relativement à un

50

51

52

53

that the complainant was in fact put in harm's way by the assault in question rather than by antecedent sexual activities which, while lethal, were committed without the requisite *mens rea*.

#### G. *The Refutation of "The Paradox"*

54 Both the trial judge and the members of the Court of Appeal expressed concern about the seeming paradox that in *Cuerrier* the accused, who did *not* infect the complainants, was held guilty of aggravated assault whereas here, the respondent, who *did* infect the complainant, was acquitted of aggravated assault. The paradox is resolved, however, when it is recognized that in *Cuerrier*, the accused was deceitful about his HIV status from the beginning of the sexual relationship whereas here, at the likely time of the complainant's HIV infection, she was freely engaging in unprotected sex with a partner who was unaware of his own HIV condition and certainly unaware that he was placing the complainant at risk. As noted in *DeSousa, supra*, at pp. 966-67:

Conduct may fortuitously result in more or less serious consequences depending on the circumstances in which the consequences arise.

55 If the Crown wishes to allege an offence predicated on an aggravating consequence, the Crown must prove the consequence beyond a reasonable doubt.

56 There is no doubt that the complex pathology of HIV creates difficulties in a prosecution for aggravated assault. Other charges could have been laid: sexual assault, for example.

57 The differing results in *Cuerrier* and this case simply reflect the different factual circumstances. The conduct of this respondent after November 15, 1991 is no less reprehensible. The abuse of the complainant's trust, the obtaining of her consent by deceit, and the sexual activity itself are all common to both cases. The difference here is that, unknown to the respondent at the time, there was a

élément capital de l'*actus reus* de l'infraction, savoir que la plaignante a, en fait, été mise en danger par les voies de fait en cause plutôt que par ses rapports sexuels antérieurs qui, même s'ils pouvaient être mortels, avaient eu lieu en l'absence de la *mens rea* nécessaire.

#### G. *La réfutation du « paradoxe »*

Le juge du procès et les membres de la Cour d'appel se sont tous dits préoccupés par le paradoxe apparent découlant du fait que, dans l'affaire *Cuerrier*, l'accusé qui *n'avait pas* infecté les plaignantes a été déclaré coupable de voies de fait graves, alors qu'en l'espèce, l'intimé qui *a* infecté la plaignante a été acquitté de cette accusation. Le paradoxe disparaît toutefois à la constatation que, dans l'affaire *Cuerrier*, l'accusé avait caché qu'il était séropositif dès le début de la liaison, tandis qu'en l'espèce, la plaignante, à la date à laquelle elle a probablement été infectée, avait librement consenti à avoir des relations sexuelles non protégées avec un partenaire qui ignorait qu'il était séropositif et qui ne savait certainement pas qu'il faisait courir un risque à la plaignante. Comme la Cour l'a indiqué dans l'arrêt *DeSousa*, précité, p. 966-967 :

Une conduite peut entraîner fortuitement des conséquences plus ou moins graves selon les circonstances dans lesquelles elles se produisent.

Si le ministère public veut porter un chef d'accusation fondé sur une conséquence aggravante, il doit faire la preuve de cette conséquence hors de tout doute raisonnable.

À n'en pas douter, la complexité de l'infection à VIH crée des difficultés dans une poursuite pour voies de fait graves. Il aurait été possible de porter d'autres accusations, comme celle d'agression sexuelle, par exemple.

Si l'affaire *Cuerrier* et la présente affaire mènent à des résultats différents, c'est tout simplement parce que les faits en cause dans chacune sont différents. La conduite de l'intimé en l'espèce après le 15 novembre 1991 n'est pas moins répréhensible. Dans les deux cas, il y a eu abus de confiance, obtention du consentement par fraude et activité sexuelle. La différence, ici, tient à ce que la preuve laisse

reasonable doubt on the evidence that the life of the complainant was *capable* of being endangered after November 15, 1991 by re-exposure to a virus she had likely already acquired.

Section 268(1) applies to a wide variety of human activity, and its interpretation should not be skewed to accommodate the hard facts of this case. Its focus should continue to be, as in the past, on the nature of the consequences rather than on the nature of the assault.

I would therefore affirm the acquittal of the respondent on the charge of aggravated assault.

#### H. *The Conviction for Attempted Aggravated Assault*

The Crown was able to prove every element of the offence of aggravated assault except for one element of the *actus reus*: the endangerment of life.

The following provisions of the *Criminal Code* are relevant:

**24.** (1) Every one who, having an intent to commit an offence, does or omits to do anything for the purpose of carrying out the intention is guilty of an attempt to commit the offence whether or not it was possible under the circumstances to commit the offence. [Emphasis added.]

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

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

**660.** Where the complete commission of an offence charged is not proved but the evidence establishes an attempt to commit the offence, the accused may be convicted of the attempt.

The crime of attempt, as with any offence, requires the Crown to establish that the accused *intended* to commit the crime in question: *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, at pp. 247-48. The requisite intent is established here for the period

subsister un doute raisonnable, que l'intimé ne connaissait pas à l'époque, quant à la possibilité que la vie de la plaignante *ait pu* être mise en danger après le 15 novembre 1991 par une nouvelle exposition à un virus dont elle était probablement déjà porteuse.

Le paragraphe 268(1) s'applique à une vaste gamme d'activités humaines, et il faut se garder d'en forcer l'interprétation pour l'adapter aux faits inéluctables de la présente affaire. Il faut continuer à mettre l'accent, comme par le passé, sur la nature des conséquences plutôt que sur la nature des voies de fait ou de l'agression.

Je suis donc d'avis de confirmer l'acquittement de l'intimé à l'égard de l'accusation de voies de fait graves.

#### H. *La condamnation pour tentative de voies de fait graves*

Le ministère public a réussi à prouver tous les éléments de l'infraction de voies de fait graves, sauf un élément de l'*actus reus* : le fait que la vie de la plaignante a été mise en danger.

Les dispositions suivantes du *Code criminel* sont pertinentes pour l'examen de ce point :

**24.** (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre. [Je souligne.]

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

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

**660.** Lorsque la consommation d'une infraction imputée n'est pas prouvée, mais que la preuve établit une tentative de commettre l'infraction, l'accusé peut être déclaré coupable de la tentative.

Comme pour toutes les infractions, le ministère public doit prouver, relativement aux tentatives, que l'accusé *avait l'intention* de commettre le crime en question : *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, p. 247-248. L'intention requise a été établie

58

59

60

61

62

after November 15, 1991. The respondent, knowing at that time that he was HIV-positive, engaged in unprotected sex with the complainant intending her thereby to be exposed to the lethal consequences of HIV. The evidence showed that he had been fully counselled by two doctors and a nurse on all relevant aspects of the potential result of unprotected sex.

63 With regard to the *actus reus*, the Crown established beyond a reasonable doubt every element of a sexual assault. There was (i) physical contact inflicted by the respondent on the complainant (ii) of a sexual nature (iii) without valid consent: *Ewanchuk, supra*, at para. 25. In this case, the Crown alleged “simple” aggravated assault (s. 268(1)) rather than aggravated *sexual* assault (s. 273(1)). While the former is included in the latter, the maximum penalty on a conviction for attempted aggravated *sexual* assault is 14 years (s. 463(a)), i.e., the same as for a conviction of aggravated assault *simpliciter*.

64 Failure to prove endangerment of life was fatal to the prosecution in this case of aggravated assault but it is not fatal to a conviction for *attempted* aggravated assault. Clearly, the respondent took more than preparatory steps. He did everything he could to achieve the infection of the complainant by repeated acts of intercourse for approximately one year between November 15, 1991 and November 1992 when the relationship ended. The reasonable doubt about the timing of her actual infection was the product of circumstances quite extraneous to the respondent’s post-November 15, 1991 conduct.

65 These facts, established in the evidence, are sufficient to prove the attempt. As the Court explained in the *United States of America v. Dynar*, [1997] 2 S.C.R. 462, at paras. 73-74, *per* Cory and Iacobucci JJ.:

An accused is guilty of an attempt if he intends to commit a crime and takes legally sufficient steps towards its commission. Because an attempt is in its very nature

quant à la période postérieure au 15 novembre 1991. L’intimé, sachant alors qu’il était séropositif, a eu des relations sexuelles non protégées avec la plaignante, l’exposant ainsi volontairement aux conséquences mortelles du VIH. La preuve démontre qu’il avait reçu tous les conseils voulus de deux médecins et d’une infirmière sur tous les aspects pertinents des conséquences potentielles de relations sexuelles non protégées.

En ce qui a trait à l’*actus reus*, le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable tous les éléments d’une agression sexuelle. Il a établi que l’intimé (i) avait fait subir à la plaignante un contact physique (ii) de nature sexuelle (iii) sans consentement valide : *Ewanchuk*, précité, par. 25. En l’espèce, le ministère public a déposé une accusation de voies de fait graves « en général » (par. 268(1)) plutôt qu’une accusation d’agression *sexuelle* grave (par. 273(1)). Bien que la première infraction soit incluse dans la seconde, la peine maximale pour l’agression *sexuelle* grave est de 14 ans d’emprisonnement (al. 463a)), soit la même que pour l’infraction de voies de fait graves en général.

Le défaut de prouver que la vie de la plaignante avait été mise en danger était fatal quant à l’accusation de voies de fait graves, mais non quant à celle de *tentative* de voies de fait graves. De toute évidence, l’intimé a accompli davantage que des actes préparatoires. Il a fait tout ce qu’il a pu pour infecter la plaignante en ayant des rapports sexuels répétés avec elle pendant environ un an, entre le 15 novembre 1991 et le moment où la liaison a pris fin, au mois de novembre 1992. Le doute raisonnable subsistant quant à la date à laquelle la plaignante a effectivement été infectée découle de circonstances tout à fait étrangères à la conduite de l’intimé postérieurement au 15 novembre 1991.

Ces faits, établis par la preuve, sont suffisants pour prouver la tentative. Comme la Cour l’a expliqué dans *États-Unis d’Amérique c. Dynar*, [1997] 2 R.C.S. 462, par. 73-74, les juges Cory et Iacobucci :

Un accusé est coupable de tentative s’il a eu l’intention de commettre un crime et s’il a pris des mesures suffisantes en droit pour le perpétrer. Puisqu’une tentative est par sa

an incomplete substantive offence, it will always be the case that the *actus reus* of the completed offence will be deficient, and sometimes this will be because an attendant circumstance is lacking. . . .

. . . The law of attempt is engaged only when, as in this case, the *mens rea* of the completed offence is present entirely and the *actus reus* of it is present in an incomplete but more-than-merely-preparatory way.

Here the *actus reus* of aggravated assault “is present in an incomplete but more-than-merely-preparatory way” (*Dynar, supra*, at para. 74). The respondent therefore stands properly convicted of attempted aggravated assault.

#### I. *The Medical Evidence in Future Cases*

This case was argued on the basis of an Agreed Statement of Facts supplemented by the transcript of Dr. Bowmer, who raised but was not really asked to explore the potential medical consequences of unprotected sex between HIV-infected partners.

The Court of Appeal acknowledged the possibility of proof that “regardless of the infection, there was a significant risk to the complainant’s life” (para. 45).

This could be accomplished by, for example, evidence that the risk is increased by multiple exposures to the virus. In the absence of evidence to the contrary, the reasonable inference would be that, once an individual was infected with the virus, further exposure would not increase the risk to life. [para. 46]

On the facts of *this* case, however, Welsh J.A. concluded, at para. 36, that:

There is no evidence to establish that unprotected intercourse at that stage could expose her to a significant risk of serious bodily harm.

Nothing in these reasons is intended to foreclose the possibility that in a future case the hypothesis raised by Dr. Bowmer could be properly explored in

nature même une infraction matérielle précise non consommée, l’*actus reus* de l’infraction sera toujours imparfait, et, parfois, il en sera ainsi parce que la circonstance concomitante est absente. . .

. . . Ces règles [les règles de droit relatives à la tentative d’infraction] s’appliquent seulement lorsque, comme en l’espèce, la *mens rea* de l’infraction consommée est présente et que l’exécution de l’*actus reus* n’est pas achevée mais dépasse le stade des simples actes préparatoires.

En l’occurrence, l’exécution de l’*actus reus* de l’infraction de voies de fait graves « n’est pas achevée mais dépasse le stade des simples actes préparatoires » (*Dynar*, précité, par. 74). C’est donc à bon droit que l’intimé a été condamné pour tentative de voies de fait graves.

#### I. *La preuve médicale dans les causes à venir*

L’argumentation en l’espèce était fondée sur un exposé conjoint des faits, complété par la transcription du témoignage du D<sup>r</sup> Bowmer, dans lequel le médecin a abordé, sans être invité à l’approfondir, la question des conséquences médicales potentielles de rapports sexuels non protégés entre partenaires porteurs du VIH.

La Cour d’appel a reconnu qu’il serait possible de présenter une preuve tendant à démontrer que [TRADUCTION] « malgré l’infection, il y avait un risque sérieux pour la vie de la plaignante » (par. 45).

[TRADUCTION] Cette preuve pourrait se faire, par exemple, en démontrant que l’exposition multiple au virus accroît le risque. Mais en l’absence de preuve contraire, il serait logique de conclure que la vie d’une personne déjà infectée par le virus n’est pas davantage mise en danger par des expositions subséquentes. [par. 46]

Compte tenu des faits de la *présente cause*, toutefois, le juge Welsh a formulé la conclusion suivante, au par. 36 :

[TRADUCTION] Aucun élément de preuve n’établit que des rapports sexuels non protégés, à ce stade, pouvaient l’exposer à un risque important de lésions corporelles graves.

Les présents motifs n’excluent en rien la possibilité que, dans une cause à venir, l’hypothèse avancée par le D<sup>r</sup> Bowmer puisse être dûment explorée en

66

67

68

69

70

the evidence, and, depending on the findings of fact, lead to a different outcome with respect to a finding of endangerment.

### III. Conclusion

71

I would therefore affirm the respondent's convictions for *attempted* aggravated assault and common nuisance. I would dismiss the Crown's appeal with respect to the charge of aggravated assault.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: Department of Justice, St. John's, Newfoundland and Labrador.*

*Solicitor for the respondent: Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's, Newfoundland and Labrador.*

*Solicitor for the intervener: Ministry of the Attorney General of Ontario, Toronto.*

preuve et qu'elle puisse entraîner, selon constatations de fait, une décision différente sur la question de la mise en danger.

### III. Conclusion

Je suis donc d'avis de confirmer les condamnations de l'intimé pour *tentative* de voies de fait graves et pour nuisance publique. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public relativement à l'accusation de voies de fait graves.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante : Ministère de la Justice, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.*

*Procureur de l'intimé : Newfoundland Legal Aid Commission, St. John's, Terre-Neuve-et-Labrador.*

*Procureur de l'intervenant : Ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*