

**COUR SUPRÊME DU CANADA**

|  |  |
| --- | --- |
| **Référence :** R. *c.* J.A., 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440 | **Date :** 20110527  **Dossier :** 33684 |

**Entre :**

**Sa Majesté la Reine**

Appelante

et

**J.A.**

Intimé

- et -

**Procureur général du Canada et Fonds d’action**

**et d’éducation juridiques pour les femmes**

Intervenants

**Traduction française officielle**

**Coram :** La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell

|  |  |
| --- | --- |
| **Motifs de jugement :**  (par. 1 à 67)  **Motifs dissidents :**  (par. 68 à 145) | La juge en chef McLachlin (avec l’accord des juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell)  Le juge Fish (avec l’accord des juges Binnie et LeBel) |

R. *c.* J.A., 2011 CSC 28, [2011] 2 R.C.S. 440

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

J.A. *Intimé*

et

Procureur général du Canada et Fonds d’action

et d’éducation juridiques pour les femmes *Intervenants*

**Répertorié :**R. ***c.*** J.A.

2011 CSC 28

No du greffe : 33684.

2010 : 8 novembre; 2011 : 27 mai.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

en appel de la cour d’appel de l’ontario

*Droit criminel — Agression sexuelle — Consentement — Accusé et plaignante se livrant à l’asphyxie érotique consensuelle — Pénétration anale de la plaignante par l’accusé au cours d’une période d’inconscience — Le consentement, au sens du Code criminel, doit-il émaner d’une personne consciente, lucide pendant toute la durée de l’activité sexuelle? — Le consentement à une activité sexuelle peut‑il être donné avant une période d’inconscience? — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C‑46, art. 265, 273.1, 273.2.*

Un soir, au cours de relations sexuelles, J.A. a placé ses mains autour du cou de K.D., sa partenaire de longue date, et l’a étranglée jusqu’à ce qu’elle tombe inconsciente. Au procès, K.D. a estimé être demeurée inconsciente « moins de trois minutes ». Elle a témoigné qu’elle avait consenti à ce que J.A. l’étrangle et qu’elle savait qu’elle pouvait perdre conscience. Elle a déclaré qu’elle et J.A. s’étaient déjà livrés à l’asphyxie érotique et qu’il lui était déjà arrivé de perdre conscience. Lorsque K.D. a repris conscience, elle avait les mains ligotées derrière le dos, et J.A. lui introduisait un godemiché dans l’anus. K.D. a fait des déclarations contradictoires quant à savoir si c’était la première fois que J.A. se livrait à cette activité sur elle. J.A. a retiré le godemiché dix secondes après qu’elle a repris conscience. Ils ont ensuite eu des relations vaginales. Après, J.A. lui a détaché les mains.

K.D. a porté plainte à la police deux mois plus tard. Elle a reconnu avoir consenti à être étranglée, mais a dit ne pas avoir consenti à l’activité sexuelle qui avait eu lieu. Elle est plus tard revenue sur son allégation, prétendant avoir déposé la plainte parce que J.A. avait menacé de demander la garde exclusive de leur jeune fils. La juge du procès a déclaré J.A. coupable d’agression sexuelle. La Cour d’appel, à la majorité, a accueilli l’appel, annulé la déclaration de culpabilité et rejeté les accusations portées contre J.A.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli, et la déclaration de culpabilité de l’intimé pour agression sexuelle est rétablie.

*La* juge en chefMcLachlin et les juges Deschamps, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell : La question à trancher est de savoir si une personne peut se livrer à des actes sexuels sur une personne inconsciente qui a consenti à ces actes avant d’être rendue inconsciente. Le législateur a retenu une définition du consentement qui exige que le plaignant soit conscient pendant toute la durée de l’activité sexuelle. La portée de la définition du consentement énoncée par le législateur ne s’étend pas au consentement donné à l’avance à des actes sexuels commis pendant que la personne est inconsciente. Le texte législatif requiert un consentement conscient de tous les instants, pour prévenir l’exploitation sexuelle des hommes et des femmes et pour assurer aux personnes qui se livrent à une activité sexuelle la possibilité de demander à leur partenaire de cesser à tout moment.

Cette définition du consentement s’harmonise avec les dispositions du *Code criminel* et les principes de politique générale qui les sous‑tendent ainsi qu’avec la teneur de la jurisprudence issue de la Cour. Il est de jurisprudence constante que le consentement est formé par une personne consciente, lucide, capable d’accorder, de révoquer ou de refuser son consentement à chaque acte sexuel. Suivant la jurisprudence également, rien ne remplace le consentement réel à l’activité sexuelle au moment où elle a lieu. La croyance au consentement du plaignant ne suffit pas : l’accusé doit également avoir pris les mesures raisonnables pour s’assurer du consentement et croire que le plaignant a manifesté son consentement à l’activité sexuelle. Or, cela est impossible si le plaignant est inconscient.

L’argument selon lequel le consentement donné à l’avance vaut un consentement donné au moment opportun parce que le plaignant ne peut changer d’idée après avoir été rendu inconscient va à l’encontre de la conclusion tirée par la Cour dans *R. c.* *Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, selon laquelle le seul moment pertinent pour déterminer s’il y a eu consentement au sens du *Code criminel* est lorsque les attouchements ont eu lieu. Dès que le plaignant perd conscience, il perd la capacité de s’opposer ou de consentir à l’activité sexuelle qui a lieu. Conclure au consentement de cette personne aurait pour effet de lui nier le droit de changer d’idée à tout moment au cours de la rencontre à caractère sexuel.

Dans certains cas, le consentement au sens où l’entend le législateur peut sembler irréaliste. Toutefois, la Cour ne doit pas créer d’exceptions au consentement si elle contrevient ainsi à la volonté de ce dernier. Cette conception du consentement produit des résultats équitables dans la grande majorité des cas et s’est avérée fort utile pour combattre les stéréotypes historiques. En l’absence de contestation constitutionnelle, c’est au législateur qu’il appartient de modifier les règles du consentement en matière d’agression sexuelle s’il le juge nécessaire.

*Les* juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Il existe au Canada un principe de droit fondamental en matière d’agression sexuelle, selon lequel non veut dire « non » et seul oui veut dire « oui ». En l’espèce, K.D. a dit oui; elle n’a pas dit non. Elle a eu des rapports sexuels avec J.A., auxquels elle avait consenti à l’avance, pendant qu’elle était consciente. Dans de telles circonstances, déclarer J.A. coupable d’agression sexuelle n’est justifié ni par les principes d’interprétation législative, ni par les décisions antérieures de la Cour, ni par des considérations d’ordre public. De plus, ce résultat est inapproprié au vu des faits.

Les dispositions du *Code criminel* relatives au consentement à l’activité sexuelle et la jurisprudence visaient à protéger les femmes des abus commis par d’autres. Ces règles ont pour objet de protéger et de favoriser l’autonomie sexuelle des femmes, et non de faire des choix à leur place.

Selon un principe général bien établi, le consentement véritable du plaignant empêche de conclure à une agression sexuelle. Rien dans le *Code criminel* ne révèle que le législateur a envisagé ou édicté une exception à ce principe qui aurait pour effet de vicier le consentement à une activité sexuelle qui a lieu pendant une période d’inconscience. En effet, il ressort du libellé de l’al. 273.1(2)*e*) du *Code criminel* que le consentement du plaignant peut être donné à l’avance, comme c’était le cas en l’espèce, et demeure valide tant qu’il n’est pas révoqué. Après avoir repris conscience, K.D. n’a pas révoqué son consentement à l’acte sexuel en question — qui se poursuivait alors. Personne n’a laissé entendre non plus qu’elle avait révoqué son consentement plus tôt, par ses paroles ou ses gestes, ou même dans son for intérieur.

Une personne inconsciente ne peut ni consentir ni révoquer son consentement. Toutefois, il ne s’ensuit pas pour autant que des adultes consentants ne peuvent, en droit, acquiescer de leur plein gré et consciemment à des actes sexuels assortis d’une inconscience passagère — au motif que, pendant la courte durée de cet état mental provoqué d’un commun accord, ils seraient incapables de consentir aux actes auxquels ils ont déjà consenti. Il n’y a aucun fondement factuel ou juridique qui permette de conclure que le consentement donné à l’avance par la plaignante, valable à tout autre moment, est devenu temporairement inopérant pendant les quelques minutes de son inconscience volontaire. Son effet n’a pas été suspendu du fait qu’elle s’était rendue incapable de révoquer le consentement qu’elle avait librement et consciemment choisi de ne pas révoquer immédiatement avant ou après son bref moment d’inconscience. Le consentement à l’activité donné à l’avance par la plaignante n’est valable qu’à l’égard de cette activité précise. Vu l’absence de preuve démontrant que J.A. aurait transgressé le consentement de la plaignante ou lui aurait infligé des lésions corporelles ayant pour effet de vicier son consentement en common law, rien dans les dispositions du *Code criminel* ne justifie de conclure que le consentement de la plaignante dans les faits n’était pas valable en droit.

**Jurisprudence**

Citée par la juge en chef McLachlin

**Arrêt appliqué :** *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; **arrêts mentionnés :** *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76.

Citée par le juge Fish (dissident)

*R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371; *R. c. Carson* (2004), 185 C.C.C. (3d) 541; *R. c. Paice*, 2005 CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339; *R. c. Ashlee*, 2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226.

**Lois et règlements cités**

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 45, 265, 271(1), 273.1, 273.2, 693(1)*a*).

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

*Sexual Offences Act 2003* (R.-U.),2003, ch. 42, art. 75.

**Doctrine citée**

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3e sess., 34e lég., 8 avril 1992, p. 9507.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IX, 3e sess., 34e lég., 15 juin 1992, p. 12045.

Card, Richard. *Sexual Offences : The New Law*. Bristol, England : Jordans, 2004.

Fletcher, George P. *Basic Concepts of Legal Thought*. New York : Oxford University Press, 1996.

Royaume-Uni. House of Commons. Home Affairs Committee. *Sexual Offences Bill* *:* *Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639. London : Stationery Office, 2003.

Stewart, Hamish C. *Sexual Offences in Canadian Law*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2004 (loose-leaf updated August 2010, release 7).

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law : A Treatise*, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson Carswell, 2007.

Tanovich, David M. « Criminalizing Sex At The Margins » (2010), 74 C.R. (6th) 86.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Simmons, Juriansz et LaForme), 2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, 253 C.C.C. (3d) 153, 74 C.R. (6th) 51, 260 O.A.C. 248, [2010] O.J. No. 1202 (QL), 2010 CarswellOnt 1739, qui a annulé la déclaration de culpabilité de l’accusé pour agression sexuelle. Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

Christine Bartlett‑Hughes, pour l’appelante.

Howard L. Krongold et Matthew C. Webber, pour l’intimé.

James C. Martin, pour l’intervenant le procureur général du Canada.

Susan Chapman et Elizabeth Sheehy, pour l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes.

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

1. La Juge en chef — Le droit d’une personne de refuser un contact sexuel est un principe fondamental du droit canadien. C’est pourquoi des actes sexuels accomplis sans consentement ni croyance sincère au consentement constituent le crime d’agression sexuelle. La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si une personne peut se livrer à des actes sexuels sur une personne inconsciente qui a consenti à ces actes avant d’être rendue inconsciente.
2. Selon le ministère public, le consentement que donne une personne avant d’être rendue inconsciente ne change rien au fait que, pendant son inconscience, elle n’est pas lucide et elle est incapable de consentir aux actes sexuels accomplis sur elle à ce moment. Il soutient que tel est le raisonnement dicté par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46,et que conclure le contraire reviendrait à tolérer les rapports sexuels non consensuels et l’exploitation sexuelle. L’intimé, J.A., prétend pour sa part qu’il peut se livrer à des activités sexuelles avec une personne inconsciente, pourvu qu’il n’outrepasse pas les limites des activités auxquelles cette personne s’attendait. Selon l’intimé, conclure autrement criminaliserait des activités sexuelles anodines et essentiellement consensuelles.
3. Nous sommes appelés en l’espèce à déterminer si le consentement, au sens du *Code criminel*, doit émaner d’une personne consciente, lucide pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Je conclus que le *Code* exige clairement qu’une personne soit consciente pendant toute la durée d’une activité sexuelle pour donner un consentement valable. C’est pour prévenir l’exploitation sexuelle des hommes et des femmes et pour assurer aux personnes qui se livrent à une activité sexuelle la possibilité de demander à leur partenaire de cesser à tout moment que le législateur requiert un consentement conscient de tous les instants. Je suis donc d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée contre l’intimé.

I. Les faits

1. Le 22 mai 2007, l’intimé, J.A., et sa partenaire de longue date, K.D., passaient la soirée ensemble à la maison. Pendant qu’ils regardaient un film, assis sur le sofa, ils se sont mis à s’embrasser et ont entamé des préliminaires. Au bout d’un certain temps, ils sont montés à leur chambre où ils sont passés à des activités plus intimes. Ils se sont dévêtus et ont commencé à s’embrasser sur le lit.
2. J.A. a placé ses mains autour du cou de K.D., qui était étendue sur le dos, et l’a étranglée jusqu’à ce qu’elle tombe inconsciente. Au procès, K.D. a estimé être demeurée inconsciente [traduction] « moins de trois minutes ». Elle a témoigné qu’elle avait consenti à ce que J.A. l’étrangle et qu’elle savait qu’elle pouvait perdre conscience. Elle a déclaré qu’elle et J.A. s’étaient déjà livrés à l’asphyxie érotique et qu’il lui était déjà arrivé de perdre conscience.
3. Lorsque K.D. a repris conscience, elle se trouvait à genoux au bord du lit, les mains ligotées derrière le dos, et J.A. lui introduisait un godemiché dans l’anus. K.D. a fait des déclarations contradictoires quant à savoir si c’était la première fois que J.A. se livrait à cette activité sur elle. Lors de son interrogatoire principal, elle a déclaré que c’était la première fois et elle a réitéré cette réponse pendant le contre‑interrogatoire par l’avocat de la défense :

[traduction]

[Me Goldstein] : En ce qui concerne, selon vos propres mots, le godemiché introduit dans votre -- vous avez dit derrière --, est‑ce quelque chose qui était déjà arrivé auparavant?

[K.D.] : Non, on n’avait jamais fait ça. On avait déjà discuté de la possibilité de le faire. À ce moment‑là, j’étais partante pour l’expérimentation.

1. Toutefois, lorsqu’on lui a montré la transcription de son témoignage lors de l’enquête sur cautionnement de J.A., K.D. a changé sa réponse :

[traduction]

[K.D.] : . . . on avait déjà essayé ça une fois avant.

[Me Goldstein] : Ok. . .

[K.D.] : Il y a quelque temps, un soir qu’on avait bu. Je m’excuse.

1. K.D. a affirmé dans son témoignage que J.A. a retiré le godemiché dix secondes après qu’elle a repris conscience. Ils ont ensuite eu des relations vaginales. Après, J.A. lui a détaché les mains.
2. K.D. a porté plainte à la police le 11 juillet. Dans une déclaration enregistrée sur bande vidéo, elle a dit à la police ne pas avoir consenti à l’activité sexuelle qui avait eu lieu. Elle est plus tard revenue sur son allégation, prétendant avoir déposé une plainte mensongère à la police parce que J.A. avait menacé de demander la garde exclusive de leur fils de deux ans. J.A. a été accusé de voies de fait graves, d’agression sexuelle, de tentative de rendre la plaignante inconsciente dans l’intention de l’agresser sexuellement et de non‑respect de son ordonnance de probation.

II. Historique judiciaire

A.*Cour de justice de l’Ontario, 2008 ONCJ 195 (CanLII)*

1. K.D. a été la seule personne à témoigner au procès devant la Cour de justice de l’Ontario.
2. La juge Nicholas a acquitté J.A. de l’accusation de voies de fait graves et d’infliction de lésions corporelles. Elle a conclu que K.D. avait accepté d’être étranglée jusqu’à tomber inconsciente. La juge du procès a également conclu que K.D. n’avait subi aucune lésion corporelle, son inconscience n’ayant été que passagère. La juge Nicholas était d’avis que la plaignante avait consenti à la strangulation.
3. Toutefois, la juge Nicholas a déclaré J.A. coupable d’agression sexuelle. Elle a qualifié le témoignage contradictoire de K.D. de [traduction] « typique [. . .] d’une plaignante qui se rétracte dans une affaire conjugale » (par. 8). Elle a conclu que K.D. n’avait pas consenti à l’introduction du godemiché et que c’était la première fois que le couple se livrait à cette activité sexuelle (par. 41).
4. À titre subsidiaire, la juge du procès a estimé que K.D. ne pouvait pas, [traduction] « en droit, consentir à une activité sexuelle qui a lieu pendant qu’elle est inconsciente » (par. 45).
5. J.A. a également été déclaré coupable de non‑respect de son ordonnance de probation.

B. *Cour d’appel de l’Ontario, 2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676*

1. J.A. a interjeté appel de ses déclarations de culpabilité. La Cour d’appel de l’Ontario a conclu à l’unanimité que la preuve soumise au procès était insuffisante pour conclure hors de tout doute raisonnable que K.D. n’avait pas consenti à la pénétration par godemiché avant de tomber inconsciente (la juge Simmons, par. 55; le juge LaForme, par. 114). La cour était partagée quant à savoir si ce consentement serait valide en droit.
2. S’exprimant au nom de la majorité, la juge Simmons a conclu qu’une personne pouvait consentir à l’avance à une activité sexuelle qui a lieu pendant qu’elle est inconsciente. Elle a signalé que le ministère public doit prouver l’absence de consentement pour établir l’*actus reus* de l’infraction d’agression sexuelle. Selon elle, si une personne consent à l’avance à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu’elle sera inconsciente et qu’elle ne change pas d’idée, [traduction] « [l]e seul état d’esprit de cette personne a toujours été celui d’une personne consentante » (par. 77).
3. Les juges majoritaires ont également rejeté l’argument du ministère public selon lequel l’infliction intentionnelle de lésions corporelles en l’espèce avait vicié le consentement. La juge Simmons a accepté la thèse du ministère public portant que la juge du procès avait commis une erreur de droit dans son analyse relative aux lésions corporelles, mais elle a conclu qu’il ne pouvait pas être allégué que les lésions corporelles viciaient le consentement dans le contexte d’une accusation d’agression sexuelle simple.
4. De l’avis du juge LaForme, dissident, la définition du consentement en matière d’agression sexuelle exige que la personne demeure lucide pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Fondant sa conclusion sur la décision rendue par la Cour dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, il a déclaré que cet arrêt [traduction] « établit de façon concluante qu’un consentement avant le fait n’est pas valide en droit parce que l’inconscience prive la personne de la capacité d’exprimer son consentement ou empêche de savoir si elle consent à l’activité sexuelle au moment où celle-ci a lieu » (par. 117).
5. Le juge LaForme a conclu que le *Code criminel* définit le consentement comme un état d’esprit de tous les instants, et qu’il est révoqué [traduction] « dès que la plaignante tombe inconsciente et est incapable de consentir » (par. 123). Il a souligné que le *Code criminel* permet à une personne de révoquer son consentement à tout moment au cours de l’activité sexuelle.
6. Le juge LaForme n’a pas abordé la question de savoir si les lésions corporelles pouvaient vicier le consentement dans le contexte d’une accusation d’agression sexuelle simple*.* Il a toutefois dit que le seul point sur lequel il ne souscrivait pas à l’analyse faite par la juge Simmons était la question du consentement d’une personne inconsciente (par. 113).

III. Analyse

A. *La question en litige*

1. La seule question dont la Cour est saisie est celle de savoir si, pour qu’il y ait consentement en matière d’agression sexuelle, le plaignant doit demeurer conscient pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Il en est ainsi parce que le ministère public se pourvoit de plein droit devant la Cour en s’appuyant sur l’al. 693(1)*a*) du *Code criminel*,qui lui permet d’interjeter appel « sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident ». Par conséquent, le pourvoi ne porte ni sur la question de savoir si la plaignante a effectivement consenti à l’activité en cause ou subi des lésions corporelles, ni sur la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle, pour des motifs d’équité procédurale, le ministère public, n’ayant pas allégué formellement que des lésions corporelles avaient été infligées, ne peut faire valoir en l’espèce que des lésions corporelles ont vicié le consentement. Puisque la question des lésions corporelles ne se pose pas devant nous, je ne statue pas sur la faculté d’une personne de consentir à subir des lésions corporelles au cours d’une activité sexuelle ni sur les circonstances dans lesquelles elle pourrait y consentir. À mon avis, il ne conviendrait pas de trancher la question sans entendre les observations des groupes intéressés à ce sujet.

B. *Les grandes règles de droit en matière d’agression sexuelle*

1. Avant d’examiner la question en litige en l’espèce, il est utile de jeter un coup d’œil aux grandes règles de droit applicables en matière d’agression sexuelle.
2. Pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle aux termes du par. 271(1) du *Code criminel*, il faut prouver l’*actus reus* et la *mens rea* de l’infraction hors de tout doute raisonnable*.* Une personne commet l’*actus reus* si elle fait des attouchements à caractère sexuel à une autre personne sans le consentement de celle-ci. Il s’agit ici du consentement réel et subjectif dans l’esprit du plaignant au moment où l’activité sexuelle a lieu : *Ewanchuk*. Comme nous le verrons plus loin, le par. 273.1(2) du *Code criminel* restreint cette définition en énumérant des situations où le consentement ne peut se déduire.
3. Une personne a l’état d’esprit requis, soit la *mens rea* de l’infraction, lorsqu’elle sait que le plaignant ne consent pas à l’acte sexuel en question ou qu’elle fait preuve d’insouciance ou d’aveuglement volontaire quant à l’absence de consentement. L’accusé peut soulever la défense de croyance sincère mais erronée au consentement s’il croyait que le plaignant avait manifesté son consentement à l’activité sexuelle. Toutefois, et nous y reviendrons, le par. 273.1(2) et l’art. 273.2 limitent les cas où l’accusé peut invoquer ce moyen de défense. Par exemple, l’accusé ne peut prétendre qu’il croyait que « non » voulait dire « oui » (*Ewanchuk*, par. 51).
4. Il faut déterminer en l’espèce s’il y a eu consentement, une question qui a trait à l’*actus reus*; le ministère public doit prouver l’absence de consentement pour démontrer la perpétration de l’acte fautif. Toutefois, les dispositions du *Code criminel* portant sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, servant à réfuter l’existence de la *mens rea*, jettent également de la lumière sur la question de savoir si, pour qu’il y ait consentement, la plaignante doit avoir été consciente pendant toute la durée de l’activité sexuelle.
5. Les dispositions pertinentes du *Code criminel* sont les art. 265, 273.1 et 273.2.
6. Le *Code criminel* définit l’agression sexuelle comme des voies de fait commises dans des circonstances de nature sexuelle. L’article 265 est ainsi libellé :

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, directementou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

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

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

(2) Le présent article s’applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles, les agressions sexuelles armées, menaces à une tierce personne ou infliction de lésions corporelles et les agressions sexuelles graves.

. . .

1. Le législateur a défini le consentement dans le contexte spécifique de l’agression sexuelle. Plus particulièrement, l’art. 273.1 dispose :

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, pourl’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.

1. La définition du consentement en matière d’agression sexuelle figure au par. 273.1(1). Pour préciser davantage cette définition large, le législateur a prévu au par. 273.1(2) une liste non exhaustive de situations dans lesquelles le consentement ne se déduit pas. Le paragraphe 273.1(3) habilite le tribunal à désigner d’autres situations où le consentement ne peut se déduire, en accord avec les principes de politique générale qui sous-tendent les dispositions du *Code criminel*.
2. Le législateur a reconnu la défense de croyance sincère mais erronée au consentement et en a limité la portée à l’art. 273.2 du *Code criminel*:

**273.2** Ne constitue pas un moyen de défense contre une accusation fondée sur les articles 271, 272 ou 273 le fait que l’accusé croyait que le plaignant avait consenti à l’activité à l’origine de l’accusation lorsque, selon le cas :

*a*) cette croyance provient :

(i) soit de l’affaiblissement volontaire de ses facultés,

(ii) soit de son insouciance ou d’un aveuglement volontaire;

*b*) il n’a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s’assurer du consentement.

C. *La notion de consentement au sens du Code criminel*

1. Il ressort des dispositions susmentionnées du *Code criminel* que, pour le législateur, le consentement est l’accord volontaire du plaignant à chacun des actes sexuels accomplis à une occasion précise*.*
2. L’approche qu’il convient d’adopter en matière d’interprétation législative a été résumée dans *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601 : « L’interprétation d’une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la Loi dans son ensemble. » La Cour a souligné que « [l]’incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l’objet sur le processus d’interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d’une loi comme formant un tout harmonieux » (par. 10).
3. Nous devons donc nous efforcer d’interpréter de façon harmonieuse les dispositions qui traitent du consentement. En appliquant cette règle d’interprétation, nous constatons que le législateur a retenu une définition du consentement qui exige que le plaignant soit conscient pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Il ne s’agit pas de déterminer si la Cour devrait reconnaître une nouvelle exception ayant pour effet d’annuler le consentement à une activité sexuelle qui a lieu pendant une période d’inconscience (voir les motifs du juge Fish, par. 95). Il s’agit plutôt de décider si une personne inconsciente peut donner son consentement au sens où l’entendait le législateur.
4. Dans le contexte d’une agression sexuelle, le consentement s’entend, selon le par. 273.1(1), de « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle ».  Cette définition indique que le plaignant doit consentir spécifiquement à chacun des actes sexuels et réfute l’argument que le législateur entendait inclure un consentement général donné à l’avance. Comme nous le verrons plus loin, selon la Cour, cette disposition exige que la plaignante consente aux attouchements « lorsqu’ils ont [. . .] lieu » (*Ewanchuk*, par. 26).
5. Le paragraphe 273.1(2) présente une liste non exhaustive de situations dans lesquelles le consentement ne se déduit pas. Ces cas nous éclairent sur la façon dont le législateur concevait le consentement.
6. L’alinéa 273.1(2)*b*) prévoit que le consentement ne se déduit pas des cas où le plaignant « est incapable de le former ». Le législateur craignait que des actes sexuels soient commis sur des personnes ne possédant pas la capacité mentale de donner un véritable consentement. Il pourrait s’agir d’une personne ayant une déficience mentale. Ou encore, d’une personne qui se trouve dans un état d’inconscience : voir *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. Humphrey* (2001), 143 O.A.C. 151, par. 56, la juge Charron (maintenant juge de notre Cour). Il s’ensuit que l’intention du législateur était que le consentement s’entende du consentement conscient d’une personne lucide.
7. Les dispositions du *Code criminel* portant sur la *mens rea* de l’agression sexuelle confirment qu’une personne doit demeurer consciente pendant toute la durée de l’activité sexuelle. Avant de les analyser, il importe toutefois de se rappeler que la notion de consentement varie selon qu’elle est considérée par rapport à l’*actus reus* ou à la *mens rea*: *Ewanchuk*, par. 48-49. Lorsqu’il s’agit de réfuter l’existence de la *mens rea*, la question est de savoir si l’accusé croyait que la plaignante avait *manifesté son consentement*. En revanche, la seule question qui se pose à l’égard de l’*actus reus* est de savoir si la plaignante était subjectivement consentante dans son for intérieur. Pour que l’*actus reus* soit établi, point n’est besoin que la plaignante ait *manifesté* l’absence de consentement ou la révocation de son consentement.
8. Cette précision apportée, je me tourne maintenant vers les trois dispositions portant sur la *mens rea* qui sont pertinentes à l’égard de la question en litige, soit les al. 273.1(2)*d*), 273.1(2)*e*) et 273.2*b*).
9. Selon l’alinéa 273.1(2)*d*), il ne peut y avoir consentement si le plaignant « manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à l’activité ». Comme cette disposition concerne l’expression du consentement, de toute évidence, elle ne peut s’appliquer qu’à l’égard de la *mens rea* de l’accusé. L’élément important, en l’occurrence, est le rattachement de l’absence d’accord à une « activité ». Ce rattachement dénote une conception du consentement voulant qu’il s’agisse d’un consentement ponctuel de tous les instants, et non d’un consentement donné à l’avance à une série d’activités.
10. L’alinéa 273.1(2)*e*) établit que c’est une erreur de droit pour l’accusé de croire que la plaignante consent toujours à une activité après qu’elle a « manifest[é] [. . .] l’absence d’accord à la poursuite de celle‑ci ». Comme cette disposition porte sur l’expression du consentement, elle ne peut s’appliquer qu’à la *mens rea* de l’accusé. Néanmoins, elle indique que le législateur voulait donner aux personnes la possibilité de retirer leur consentement en tout temps au cours de l’activité sexuelle. Or, cette intention du législateur étaye la thèse voulant qu’il conçoive le consentement comme émanant nécessairement d’un esprit lucide, puisqu’une personne rendue inconsciente est incapable de révoquer son consentement. La protection offerte à l’al. 273.1(2)*e*) lui serait donc inaccessible.
11. Selon mon collègue, le juge Fish, l’al. 273.1(2)*e*) laisse croire que « le consentement du plaignant *peut* être donné à l’avance et demeure valide tant qu’il n’est pas révoqué » (par. 104 (en italique dans l’original)). En toute déférence, je ne puis souscrire à une telle interprétation. Cette disposition prévoit que l’accusé doit cesser tout attouchement dès que la plaignante manifeste l’absence d’accord. Elle ne signifie pas que la plaignante est nécessairement consentante si elle ne demande pas à l’accusé d’arrêter. Comme la Cour l’a décidé à maintes reprises, il n’est pas nécessaire que la plaignante ait exprimé l’absence d’accord pour que l’*actus reus* soit établi. La question est plutôt de savoir si la plaignante consentait subjectivement dans son for intérieur : *Ewanchuk*; *R. c. M. (M.L.)*, [1994] 2 R.C.S. 3.
12. L’article 273.2 permet de mieux comprendre comment le législateur conçoit le consentement. L’alinéa 273.2*b*) dispose que, pour invoquer le moyen de défense servant à réfuter la *mens rea*, l’accusé doit avoir non seulement cru que le plaignant avait consenti, mais aussi pris les mesures raisonnables « pour s’assurer du consentement » (ou en anglais, « *that the complainant was consenting* ») à l’activité sexuelle au moment de celle‑ci. Comment peut‑on prendre les mesures raisonnables pour s’assurer du consentement d’une personne à une activité sexuelle au moment de celle‑ci, si cette personne est alors inconsciente? Je le répète, cette disposition repose sur la prémisse que la plaignante doit consentir consciemment à chacun des actes sexuels. Qui plus est, le choix du temps de verbe dans la version anglaise du *Code criminel* (« *was consenting* ») montre que le consentement dont l’accusé doit s’assurer est un état d’esprit de tous les instants.
13. La question en l’espèce consiste à savoir si la portée de la définition du consentement énoncée par le législateur s’étend au consentement donné à l’avance à des actes sexuels commis pendant que la personne est inconsciente. Selon moi, ce n’est pas le cas. La prétention de J.A. qu’une personne peut consentir à l’avance à des actes sexuels qui auront lieu pendant qu’elle sera inconsciente ne s’harmonise pas avec les dispositions du *Code criminel* et les principes de politique générale qui les sous-tendent. Il ressort de ces dispositions que, du point de vue du législateur, le consentement doit émaner d’une personne « capable » ou lucide, en mesure d’évaluer chaque acte sexuel. Conclure le contraire irait à l’encontre de la volonté manifeste du législateur de reconnaître le droit d’une personne de consentir à des actes particuliers et de retirer son consentement en tout temps. Ces dispositions, interprétées ensemble, ne me permettent pas de souscrire à la prétention de l’intimé qu’une personne peut consentir à l’avance à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu’elle sera inconsciente.

D. *La notion de consentement dans la jurisprudence*

1. Il est de jurisprudence constante que le consentement est formé par une personne consciente, lucide, capable d’accorder, de révoquer ou de refuser son consentement à chaque acte sexuel. Bien que notre Cour soit appelée pour la première fois à trancher la question de savoir si un consentement donné à l’avance peut suffire à justifier des actes sexuels ultérieurs, la jurisprudence dément cette conception du consentement.
2. Comme l’a conclu le juge Major dans *Ewanchuk*, « 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 » (par. 26 (je souligne)). Le juge des faits doit déterminer ce qui se passait dans l’esprit de la plaignante en réaction aux attouchements. Les juges majoritaires ont souligné à plusieurs reprises que c’est l’« état d’esprit » du plaignant qui importe : par. 26, 27, 29, 30, 33, 34 et 48; voir également *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, par. 16 (la juge L’Heureux-Dubé). En outre, rappelons qu’il n’est pas nécessaire que le plaignant manifeste l’absence de consentement : *M. (M.L.)*. L’absence de consentement est établie si l’état d’esprit du plaignant lors de l’activité sexuelle n’était pas celui d’une personne consentante.
3. Pour établir si le plaignant était ou non consentant, le seul moment pertinent est celui des attouchements : *Ewanchuk*, par. 26. Le point de vue du plaignant à l’égard des attouchements, avant ou après qu’ils se produisent, n’est pas directement pertinent. Aucune infraction n’est perpétrée si le plaignant consent sur le moment, puis change d’idée après coup (si aucun élément n’a pour effet de vicier le consentement). À l’inverse, l’*actus reus* a été commis si le plaignant ne consentait pas aux attouchements en son for intérieur au moment où ils ont eu lieu, même s’il a manifesté son consentement avant ou après le fait.
4. Suivant la jurisprudence de la Cour, rien ne remplace le consentement réel à l’activité sexuelle au moment où elle a lieu. L’accusé ne peut prétendre que le consentement du plaignant était implicite, compte tenu des circonstances ou de la relation qu’il entretenait avec lui. La défense de consentement tacite n’existe pas en matière d’agression sexuelle : *Ewanchuk*, par. 31.
5. La jurisprudence portant sur la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, qui sert à réfuter la *mens rea*, va dans le même sens. En common law, il s’agissait d’une défense courante d’erreur de fait : l’accusé n’était pas coupable s’il croyait honnêtement en un état de fait qui, s’il avait existé, aurait rendu sa conduite licite : *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, p. 134 et 139. Dans *Ewanchuk*, la Cour a conclu qu’il ne suffit pas que l’accusé ait cru au consentement subjectif du plaignant en son for intérieur : « Pour que les actes de l’accusé soient empreints d’innocence morale, la preuve doit démontrer que ce dernier croyait que la plaignante avait communiqué son consentement à l’activité sexuelle en question » (par. 46 (soulignement dans l’original)). Voir également *Park*, par. 39 (la juge L’Heureux-Dubé). Par conséquent, la croyance au consentement du plaignant ne suffit pas : l’accusé doit également avoir pris les mesures raisonnables pour s’assurer du consentement et croire que le plaignant a manifesté son consentement à l’activité sexuelle. Or, cela est impossible si le plaignant est inconscient.
6. L’intimé prétend que mes motifs dissidents dans *Esau* donnent à penser que, du point de vue de l’*actus reus* de l’infraction, une personne peut consentir même si elle est inconsciente. La question en litige dans cette affaire consistait à savoir si la défense de croyance sincère mais erronée pouvait être invoquée dans un cas où la plaignante affirmait s’être trouvée dans un coma éthylique au moment de l’activité sexuelle. Le juge Major, s’exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour, a conclu que la preuve était suffisante pour étayer ce moyen de défense. Dans mes motifs dissidents, j’ai fait valoir que ce moyen ne pouvait être invoqué parce qu’un plaignant inconscient « n’a pas la capacité de communiquer une décision volontaire de consentir. [. . .] En d’autres termes, la condition nécessaire (mais non suffisante) pour qu’il y ait consentement, à savoir la capacité d’exprimer un acquiescement, n’est pas remplie » (par. 73). J’ai ajouté :

Le cas hypothétique du plaignant qui a consenti à l’avance à des contacts sexuels avant de perdre conscience ne constitue pas une exception. Le consentement peut être retiré en tout temps. La personne qui agresse une femme qui a perdu conscience ne peut pas savoir si celle-ci retirerait le consentement donné antérieurement si elle était consciente. Cette personne s’expose donc à ce que la plaignante affirme par la suite qu’elle n’avait pas donné son consentement. [*ibid.*]

1. Selon la juge Simmons, cet extrait laisse croire qu’une personne inconsciente peut néanmoins demeurer consentante (par. 82). Toutefois, il visait simplement à mettre en doute le recours au moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement dans le cas d’un plaignant inconscient, à supposer (sans le décider) que l’*actus reus* puisse être établi. Cet extrait n’étaye donc pas l’opinion que le consentement donné avant l’inconscience constitue une preuve de l’existence du consentement lorsqu’il s’agit d’établir l’*actus reus* de l’infraction.

E. *Les arguments contraires*

1. En l’espèce, le litige ne porte que sur l’*actus reus* de l’agression sexuelle. La question qui se pose est celle de savoir si le consentement donné à l’avance peut servir à établir l’existence du consentement aux actes sexuels commis sur une personne qui a été rendue inconsciente. L’analyse que nous venons de faire des dispositions du *Code criminel* et de la jurisprudence tend à indiquer que ce n’est pas le cas. Toutefois, avant de tirer une conclusion à cet égard, nous devons examiner les arguments contraires qui ont été invoqués.
2. Suivant le premier argument, le consentement donné à l’avance vaut un consentement donné au moment opportun parce que le plaignant ne peut changer d’idée après avoir été rendu inconscient. La juge Simmons a accepté cet argument : [traduction] « Lorsqu’une personne consent à l’avance à une activité sexuelle censée se dérouler pendant qu’elle est inconsciente et qu’elle ne change pas d’idée, je vois mal comment le ministère public peut prouver l’absence de consentement. Le seul état d’esprit de cette personne a toujours été celui d’une personne consentante » (par. 77).
3. Cet argument va toutefois à l’encontre de la conclusion tirée par la Cour dans *Ewanchuk* selon laquelle le seul moment pertinent pour déterminer s’il y a eu consentement au sens du *Code criminel* est *lorsque les attouchements ont eu lieu* (par. 26). Dès que le plaignant perd conscience, il perd la capacité de s’opposer ou de consentir à l’activité sexuelle qui a lieu. Conclure au consentement de cette personne aurait pour effet de lui nier le droit de changer d’idée à tout moment au cours de la rencontre à caractère sexuel.
4. Suivant le deuxième argument, pour régler les problèmes particuliers posés par l’état d’inconscience, il faudrait établir une exception, en droit, à la règle générale qui exige un consentement conscient de tous les instants aux contacts sexuels.
5. J.A. prétend que pareille exception existe en droit médical, où la common law reconnaît aux médecins la possibilité de procéder à des interventions chirurgicales sur des patients inconscients. Toutefois, son argument ne tient pas compte du fait que la notion de consentement diffère selon le contexte : G. P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought* (1996), p. 112. Plusieurs considérations distinguent le consentement à une activité sexuelle de celui exprimé dans d’autres sphères, par exemple les interventions médicales et les opérations portant sur des biens. Le législateur a indiqué que la définition du consentement en matière d’agression sexuelle est différente de celle qui s’applique dans d’autres contextes (*Code criminel*,art. 273.1 et 273.2). Il a également accordé une protection particulière aux praticiens en précisant que « [t]oute personne est à l’abri de responsabilité pénale lorsqu’elle pratique sur une autre, pour le bien de cette dernière, une opération chirurgicale » (art. 45). Par conséquent, le fait qu’il est possible de consentir à l’avance à une intervention chirurgicale n’est pas pertinent lorsqu’il s’agit de savoir si une personne peut ou non consentir à l’avance à une activité sexuelle. L’ensemble des règles pratiques en matière de consentement — élaborées par le législateur et issues de la common law — applicables spécifiquement dans le contexte des interventions chirurgicales ne permet pas à la Cour de passer outre les prescriptions du *Code criminel* en matière de consentement aux actes sexuels. Qui plus est, les deux situations diffèrent. Les considérations d’ordre pratique qui ont joué dans la définition du consentement à des interventions chirurgicales ne sont pas les mêmes que celles qui interviennent dans le contexte des activités sexuelles. Règle générale, les interventions chirurgicales sont soigneusement planifiées et les formulaires de consentement et de renonciation garantissent l’obtention d’un consentement en bonne et due forme — à seule fin de limiter les risques d’abus. Ces garanties sont rares, peut-être même inexistantes, en matière sexuelle.
6. Dans le même ordre d’idées, l’intimé et la juge Simmons donnent l’exemple de deux amis qui conviennent, avant de se rendre à une fête, que si l’un d’eux sombre dans un coma éthylique, l’autre le ramènera chez lui. Dans un tel cas, on pourrait affirmer que celui qui raccompagne son ami inconscient mérite des félicitations, et non d’être accusé de voies de fait et d’enlèvement parce que son ami était incapable de consentir à être raccompagné.
7. Encore une fois, l’analogie ne tient pas. Dans le cas d’agressions à caractère non sexuel, la common law reconnaît qu’il peut y avoir consentement implicite, dans certaines circonstances : *R. c.* *Cuerrier*, [1998] 2 R.C.S. 371, par. 52, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef); *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 743,le juge Gonthier. La Cour, en appliquant les principes de common law, a reconnu des cas où, compte tenu du contexte social ou de la relation entre les parties, il y a consentement implicite à des contacts à caractère non sexuel, par exemple, une poignée de main lors d’une réunion d’affaires ou une collision avec un joueur de hockey sur la glace. Par contre, en interprétant les dispositions du *Code criminel* qui ont trait à l’agression sexuelle, la Cour a expressément rejeté la notion de consentement tacite : *Ewanchuk*, par. 31.
8. L’intimé soutient également qu’exiger un consentement conscient à une activité sexuelle peut donner des résultats absurdes. Il cite en exemple une personne qui embrasse son conjoint pendant son sommeil et soutient que cette personne sera déclarée coupable d’agression sexuelle si on ne lui permet pas de faire valoir que son conjoint avait consenti à l’avance au baiser.
9. La définition du consentement, si elle était modifiée pour tenir compte de l’hypothèse de l’intimé, présenterait une première difficulté : ce moyen de défense ne pourrait être invoqué que si, avant de s’endormir, le plaignant a pensé spécifiquement à consentir précisément aux actes sexuels ultérieurs. Selon l’intimé, il n’y a aucune agression sexuelle en l’espèce parce que la plaignante a consenti à être rendue inconsciente et à participer à l’activité sexuelle qui a eu lieu pendant qu’elle était inconsciente. Si une plaignante hypothétique ne s’attendait pas à ce que son conjoint l’embrasse — ou se livre à tout autre acte — pendant son sommeil, l’accusé ne pourrait pas se prévaloir du moyen de défense proposé par l’intimé.
10. La deuxième difficulté tient au risque que le conjoint, en toute innocence, interprète mal la volonté de la personne inconsciente. Les préférences sexuelles, parfois très particulières, peuvent être difficiles à exprimer de façon précise. Si l’accusé n’exécute pas les actes sexuels exactement comme le plaignant l’aurait voulu — par exemple, s’il néglige de porter un condom — il violera involontairement la personne inconsciente. Outre le risque d’innocents malentendus, la thèse de l’intimé ne reconnaît pas l’extrême vulnérabilité de la personne inconsciente et la nécessité de la protéger contre l’exploitation. Une personne inconsciente n’a aucun véritable pouvoir sur les attouchements dont elle est l’objet et risque d’être victime d’abus : *R. c. Osvath* (1996), 46 C.R. (4th) 124 (C.A. Ont.), la juge Abella (maintenant juge de notre Cour), dissidente.
11. Une troisième difficulté a trait à la preuve. Si la plaignante est inconsciente au cours de l’activité sexuelle, elle ne dispose d’aucun véritable moyen de savoir ce qui s’est passé et si son partenaire a respecté ou non les limites de son consentement. Une seule personne sait vraiment ce qui s’est passé pendant que l’autre était inconsciente et vulnérable aux abus. Il se peut que la plaignante ne sache jamais qu’elle a été victime d’une agression sexuelle. Le juge Fish souligne avec raison que, dans certains cas, la preuve médico‑légale pourrait démontrer sans l’ombre d’un doute que l’accusé a transgressé le consentement donné. Cependant, si la plaignante ne soupçonne pas l’agression sexuelle, aucun élément de preuve médico‑légale ne sera recueilli. Par ailleurs, de nombreux actes d’agression sexuelle ne génèrent aucun élément de preuve médico-légale.
12. La quatrième difficulté est d’ordre judiciaire. Reconnaître des exceptions à la règle exigeant un consentement conscient non seulement ne respecterait pas la définition du consentement énoncée dans le *Code criminel*, mais imposerait aux tribunaux la tâche de déterminer quelle preuve devra être présentée pour établir que la personne inconsciente a consenti à l’activité sexuelle. L’intimé prétend que le tribunal pourrait demander si, avant de perdre conscience, le plaignant a consenti aux actes sexuels ultérieurs — s’il y a eu autorisation avant l’inconscience. Il faudrait alors que le tribunal détermine la volonté de la personne juste avant qu’elle perde conscience, puis compare sa volonté aux faits. Il devrait ainsi faire une analyse objective, à l’opposé de l’analyse subjective qu’exige le *Code criminel*. La seule autre possibilité — le plaignant décide après le fait, lorsqu’il reprend conscience, s’il aurait consenti à tous les actes qui ont eu lieu — pose également problème. Cette solution irait à l’encontre de la règle selon laquelle l’état d’esprit du plaignant après le fait n’est pas pertinent; si le plaignant a consenti à l’activité sexuelle au moment où elle a eu lieu, mais décide ultérieurement qu’il n’aurait pas dû y consentir, l’accusé devrait être acquitté parce que l’*actus reus* de l’infraction n’a pas été établi.
13. Le ministère public a fait valoir que la Cour pourrait ne pas sanctionner les attouchements sexuels légers commis sur une personne inconsciente, suivant le principe *de minimis* *non curat lex* : « la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance » : *Canadian Foundation* *for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76, par. 200, la juge Arbour, dissidente. Sans émettre l’hypothèse que le principe *de minimis* ne trouve jamais application en matière d’agression sexuelle, je juge utile de souligner que même des attouchements légers non consensuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant.
14. Parmi les arguments invoqués en faveur de l’adoption d’exceptions particulières au paradigme du consentement conscient établi dans le *Code criminel*, on a avancé que la définition stricte du consentement adoptée par le législateur en matière d’agression sexuelle ne sied pas à des relations fondées sur la confiance mutuelle comme le mariage. Or, retenir cet argument serait faire abstraction du fait que le législateur a clairement rejeté les défenses fondées sur la nature de la relation dans le cas d’une agression sexuelle. L’analyse du consentement requise par le *Code criminel* ne varie pas en fonction de la relation entre l’accusé et la plaignante. Leur relation peut être évoquée en preuve relativement à l’*actus reus* ou à la *mens rea*, mais elle ne change en rien la nature de l’analyse visant à déterminer s’il y a eu consentement au sens du *Code criminel*.
15. En fin de compte, voilà où nous en sommes. Le législateur a défini l’agression sexuelle comme des attouchements sexuels sans consentement. Il ressort clairement des dispositions édictées que le consentement requis est un consentement conscient, de tous les instants, « à l’activité sexuelle ». Cette conception du consentement produit des résultats équitables dans la grande majorité des cas. Elle s’est avérée fort utile pour combattre les stéréotypes historiques qui entourent le consentement aux relations sexuelles et entravent la sanction juridique de l’infraction d’agression sexuelle. Dans certains cas, le consentement au sens où l’entend le législateur peut sembler irréaliste. Toutefois, la Cour ne doit pas créer d’exceptions qui contreviennent à la volonté de ce dernier. En l’absence de contestation constitutionnelle, c’est au législateur qu’il appartient de modifier les règles du consentement en matière d’agression sexuelle s’il le juge nécessaire.

IV. Résumé

1. La définition du consentement en matière d’agression sexuelle exige que le plaignant donne un consentement réel et actif à chaque étape de l’activité sexuelle, ce qu’une personne inconsciente est incapable de faire, même si elle exprime à l’avance son consentement. Toute activité sexuelle avec une personne qui est incapable d’évaluer consciemment si elle y consent n’est donc pas consensuelle au sens où il faut l’entendre pour l’application du *Code criminel*.

V. Dispositif

1. Je suis d’avis d’accueillir l’appel et de rétablir la déclaration de culpabilité pour agression sexuelle prononcée contre l’intimé.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

Le juge Fish (dissident) —

I

1. Il existe au Canada un principe de droit fondamental en matière d’agression sexuelle, selon lequel non veut dire « non » et seul oui veut dire « oui ».
2. En l’espèce, la plaignante, K.D., a dit oui; elle n’a pas dit non. Elle a consenti à être asphyxiée à des fins érotiques par l’intimé, J.A., qui était son partenaire à l’époque. Leur objectif commun était que K.D. perde conscience et que des actes sexuels soient accomplis pendant qu’elle se trouverait dans cet état. Il n’est pas contesté que K.D. a consenti librement et de plein gré — avant le début et au cours de l’activité. Tout de suite après, K.D. a eu des relations sexuelles vaginales, également consensuelles, avec J.A.
3. K.D. a porté plainte à la police pour la première fois près de deux mois après l’incident, lorsque J.A. a menacé de demander la garde exclusive de leur enfant de deux ans. Elle s’est ensuite rétractée.
4. Le ministère public nous exhorte néanmoins à conclure que le *oui* de la plaignante, *dans les faits*, voulait dire *non*, *en droit*. Avec égards pour les tenants de l’opinion contraire, je refuserais de tirer une telle conclusion.
5. Les dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C‑46, relatives au consentement à l’activité sexuelle et la jurisprudence invoquée par le ministère public (notamment l’arrêt *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330) visaient à protéger les femmes des abus commis par d’autres, et non à les « protéger » *contre elles‑mêmes* en restreignant leur liberté de choisir, en toute autonomie, quand, comment et avec qui elles auront des rapports sexuels. Autrement dit, ces règles ont pour objet de protéger et de favoriser l’autonomie sexuelle des femmes, et non de faire des choix à leur place.
6. La thèse du ministère public, si elle est retenue par la Cour, produira exactement l’effet inverse. Elle privera les femmes de la liberté de s’engager par choix dans des aventures sexuelles ne leur causant, et ne causant à qui que ce soit, aucun préjudice démontré. C’est ce qui est arrivé en l’espèce.
7. Si la Cour adopte la thèse du ministère public, il lui faudra également conclure qu’au Canada les partenaires qui cohabitent, y compris les époux, commettent une agression sexuelle lorsque l’un d’eux embrasse ou caresse l’autre pendant qu’il dort, *même si ce dernier y a consenti expressément plus tôt*. L’absurdité même d’une telle conséquence démontre clairement qu’elle est le fruit d’une extension involontaire et inacceptable des dispositions du *Code criminel*, sur laquelle reposerait l’appel du ministère public.
8. Que l’on ne se méprenne pas sur le sens de mes propos : je suis d’accord pour dire qu’il y a vice de consentement lorsque, selon la common law ou pour des raisons d’ordre public, la gravité des lésions corporelles ou le risque de létalité découlant de l’activité sexuelle envisagée ne sauraient être tolérés. Il se peut que l’asphyxie provoquant l’inconscience appartienne à cette catégorie d’activités, mais les parties n’ont pas débattu de la portée de cette limite au consentement. La Cour ne s’est jamais prononcée non plus à son égard. De plus, des motifs d’ordre procédural justifient que l’examen de la question des lésions corporelles soit reporté à une autre occasion.
9. Je conviens également que le consentement donné plus tôt ne constitue pas un moyen de défense s’il est révoqué par la suite ou ne concorde pas avec le comportement ultérieur.
10. Ayant appliqué ces principes à l’espèce, je suis d’avis de rejeter l’appel.
11. Enfin, j’estime utile de formuler succinctement la question en litige.
12. Selon la Juge en chef, la question est de savoir « si une personne inconsciente peut donner son consentement [à une activité sexuelle] » (par. 33). Avec égards, j’estime que là n’est pas du tout la question : *personne* n’a laissé entendre en l’espèce qu’une personne inconsciente peut donner un consentement valable à une activité sexuelle.
13. Il s’agit plutôt de savoir si une personne *consciente* peut consentir à l’avance, librement et volontairement, à une activité sexuelle convenue qui aura lieu pendant une brève période d’inconscience consensuelle. Ma collègue répond à cette question par la négative; j’y répondrais par l’affirmative, vu l’absence d’une interdiction claire dans le *Code criminel*, l’absence de l’infliction démontrée de lésions corporelles ayant pour effet de vicier le consentement en common law et l’absence d’une preuve que le partenaire conscient a outrepassé l’activité sexuelle à laquelle le partenaire inconscient avait consenti.
14. En l’espèce, J.A. a eu des rapports sexuels avec K.D., auxquels cette dernière avait librement consenti pendant qu’elle était consciente. La Juge en chef est néanmoins d’avis de déclarer J.A. coupable du crime grave d’agression sexuelle. Je m’oppose à ce résultat. Avec égards pour ma collègue, je suis d’avis qu’il n’est justifié ni par les principes d’interprétation législative, ni par les décisions antérieures de la Cour, ni par des considérations d’ordre public. De plus, il est inapproprié au vu des faits.
15. Voilà donc ce qui nous divise. Le reste n’est que commentaire.

II

1. La Juge en chef relate les faits pertinents de manière complète et juste. Je n’ai rien à y ajouter.
2. Il s’agit d’un appel de plein droit interjeté par le ministère public. En l’absence d’autorisation à l’égard d’une autre question — le ministère public n’a présenté aucune demande d’autorisation — notre juridiction en la matière se limite à la seule question de droit au sujet de laquelle un juge de la Cour d’appel était dissident. La question est ainsi énoncée dans l’avis d’appel du ministère public :

[traduction] En droit, une personne peut‑elle consentir à l’avance à une activité sexuelle qui doit avoir lieu pendant qu’elle dormira ou se trouvera inconsciente?

1. Compte tenu de ce qui précède, trois éléments déterminants dans la présente affaire méritent une attention spéciale.
2. Tout d’abord, comme le dit la Juge en chef (par. 15), la Cour d’appel, à l’unanimité, a conclu que [traduction] « la preuve soumise au procès était insuffisante pour conclure hors de tout doute raisonnable que la plaignante n’avait pas consenti » (2010 ONCA 226, 100 O.R. (3d) 676, la juge Simmons (avec l’appui du juge Juriansz), par. 55; le juge LaForme, par. 114). Par conséquent, cette conclusion ne peut être débattue devant la Cour (*R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, par. 23‑24).
3. Ensuite, la Cour d’appel a conclu, à l’unanimité également, que rien n’appuyait la conclusion de fait selon laquelle l’activité sexuelle qui a eu lieu transgressait le consentement donné par K.D. S’exprimant en son nom et en celui du juge Juriansz, la juge Simmons a déclaré (par. 89) :

[traduction] . . . les conclusions de la juge de première instance au sujet de l’accusation d’agression sexuelle reposaient, du moins en partie, sur sa conclusion que la plaignante n’avait jamais consenti à une quelconque pénétration anale*.* Comme je l’ai expliqué, à mon avis, le dossier en l’espèce ne permet pas de tirer pareille conclusion de fait. [Je souligne.]

Pour sa part, le juge LaForme (par. 112‑113) souscrit clairement à [traduction] « l’analyse complète et convaincante » de la juge Simmons, à l’exception de sa conclusion selon laquelle « rien ne permet de conclure “comme principe général, qu’il est impossible, en droit, de consentir à l’avance à une activité sexuelle qui doit avoir lieu pendant une période d’inconscience ou de sommeil” ».

1. Enfin, la juge de première instance a conclu que l’asphyxie provoquant l’inconscience en l’espèce ne constituait pas des lésions corporelles. La Cour d’appel, à l’unanimité une fois de plus, a annulé cette conclusion au motif que la juge n’avait pas appliqué le bon critère juridique pour y arriver. Principalement par souci d’équité procédurale, la cour s’est abstenue de revenir sur la thèse du ministère public voulant que l’asphyxie subie par la plaignante constitue des lésions corporelles emportant vice de consentement suivant la common law. Le dossier, tel qu’il nous a été présenté, ne nous permet pas de réexaminer cette question. Comme je l’ai mentionné précédemment, la question de savoir si l’asphyxie provoquant l’inconscience annule le consentement demeurera donc irrésolue et sera tranchée plus tard, quand les circonstances l’exigeront.
2. Bref, dans le cadre du présent pourvoi, on nous demande de conclure que J.A. a perpétré une agression sexuelle sur la personne de K.D., sa partenaire à l’époque, en participant avec elle à une activité sexuelle — activité à laquelle elle avait consenti à l’avance et a consenti de nouveau avant qu’elle prenne fin — sans lui causer de lésions corporelles et sans transgresser le consentement donné. Selon le ministère public, la culpabilité de J.A. pour ce crime grave repose sur le court laps de temps où K.D. se trouvait inconsciente au cours de leur rencontre à caractère sexuel, avant et après lequel K.D. n’a ni révoqué subjectivement en son for intérieur, ni manifesté la volonté de révoquer son consentement antérieur.
3. Essentiellement, selon le ministère public, il faut conclure que J.A. a commis une agression sexuelle à l’endroit de K.D., car le *Code criminel* et l’arrêt *Ewanchuk* de notre Cour ne permettent pas de consentir à l’avance à des contacts sexuels qui doivent avoir lieu pendant une période d’inconscience. Subsidiairement, le ministère public fait valoir que le consentement de K.D. devrait être déclaré invalide en common law pour des raisons d’ordre public.
4. Pour les motifs qui suivent, aucun de ces arguments ne me convainc.

III

1. J’examinerai d’abord les dispositions du *Code criminel* sur lesquelles s’appuie le ministère public.
2. Pour déterminer si le consentement de la plaignante est valable en droit, il faut partir du principe selon lequel « le consentement véritable d’un plaignant a traditionnellement constitué un moyen de défense opposable à presque toutes les formes de responsabilité criminelle » (*R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, p. 729). Malgré le fait que [traduction] « certaines exceptions [ont été] imposées par le législateur et, de plus en plus, par les tribunaux », ce principe « sous‑tend le droit canadien » encore de nos jours (D. Stuart, *Canadian Criminal Law : A Treatise* (5e éd. 2007), p. 587).
3. Le consentement est souvent qualifié de « moyen de défense », comme dans l’affaire *Jobidon*, et peut s’entendre ainsi dans la mesure où il annule la responsabilité. Or, dans le cas d’une agression sexuelle, il ne faut jamais oublier que l’*absence* de consentement est un élément essentiel de l’*actus reus* de l’infraction, qui doit par conséquent être démontré hors de tout doute raisonnable par le ministère public.
4. Selon la Juge en chef, le législateur a prévu une exception au principe général bien établi voulant que le consentement véritable du plaignant empêche de conclure à une agression sexuelle. De l’avis de ma collègue, cette exception aurait pour objet et effet de vicier le consentement à une « activité sexuelle qui a lieu pendant une période d’inconscience » — soit un contact sexuel qui doit avoir lieu pendant que l’adulte consentant est endormi ou inconscient. Avec égards, j’estime que rien dans le *Code criminel* ne révèle que le législateur a envisagé, et encore moins édicté, une telle exception.
5. Le paragraphe 273.1(1) du *Code* définit le consentement, pour l’application des dispositions relatives à l’agression sexuelle, comme « l’accord volontaire du plaignant à l’activité sexuelle ». Cette définition ne fait nulle mention du moment où le consentement intervient, ni n’exclut par ailleurs le fait de consentir à l’avance à des activités sexuelles qui auront lieu pendant une période d’inconscience. Il ne faut pas oublier que ni le caractère volontaire ni l’objet du consentement de la plaignante ne sont en litige dans le présent pourvoi.
6. Au contraire, comme l’a constaté la Cour d’appel, la preuve au dossier ne permet pas de conclure que la plaignante n’a pas consenti, librement et consciemment, « à l’activité sexuelle » : l’asphyxie érotique avec pénétration anale pendant la période prévue d’inconscience passagère, suivie de relations sexuelles vaginales.
7. En outre, la définition figurant au par. 273.1(1) est assujettie à deux dispositions limitatives.
8. La première, le par. 265(3), s’applique à *toutes* les sortes de voies de fait et précise que ne constitue pas un consentement le fait, pour le plaignant, de se soumettre ou de ne pas résister en raison de l’emploi de la force, de menaces d’emploi de la force, de la fraude ou de l’exercice de l’autorité. Manifestement, aucune de ces exceptions légales ne s’applique en l’espèce.
9. La deuxième disposition limitative, le par. 273.1(2), applicable uniquement aux infractions d’agression sexuelle, énumère cinq cas où « [l]e consentement [. . .] ne se déduit pas » (dans la version anglaise, « *[n]o consent is obtained* »). Le ministère public n’en fait valoir que deux, prévus aux al. 273.1(2)*b*) et *e*).
10. Aux termes de l’al. 273.1(2)*b*), « [l]e consentement du plaignant ne se déduit pas [. . .] des cas où [. . .] il est incapable de le former ». Je conviens que l’inconscience est une « incapa[cité] » au sens où il faut l’entendre pour l’application de cette disposition, mais il ressort clairement du sens ordinaire des mots employés par le législateur et de leur contexte que l’al. 273.1(2)*b*) ne trouve pas application ici. Cette disposition confirme simplement l’impossibilité d’*obtenir* le consentement d’une personne à un moment où elle est incapable de le former. Elle ne vise pas les situations où le plaignant donne à l’avance son consentement à un moment où, comme en l’espèce, il est *capable* — et non *incapable* — de donner un consentement libre et éclairé.
11. L’alinéa 273.1(2)*e*), la deuxième exception invoquée par le ministère public, dispose que nul consentement n’est obtenu du plaignant si « après avoir consenti à l’activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l’absence d’accord à la poursuite de celle-ci ». Le ministère public, auquel la Juge en chef donne raison, soulève l’incompatibilité de cette disposition avec la thèse d’un consentement donné à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant une période d’inconscience, étant donné que le législateur voulait donner aux personnes la possibilité de retirer leur consentement en tout temps au cours de l’activité sexuelle et qu’« une personne rendue inconsciente est incapable de révoquer son consentement » (motifs de la Juge en chef, par. 40).
12. Je conviens que le consentement donné à l’avance à une activité sexuelle peut être révoqué par la suite. Je conviens également qu’une personne inconsciente ne peut ni consentir ni révoquer son consentement. Mais, soit dit en toute déférence, il ne s’ensuit pas pour autant que des adultes consentants ne peuvent, en droit, acquiescer de leur plein gré et consciemment à des actes sexuels assortis d’une inconscience passagère — au motif que, pendant la courte durée de cet état mental provoqué d’un commun accord, ils seraient incapables de consentir aux actes auxquels ils ont déjà consenti.
13. Il ressort plutôt du libellé de l’al. 273.1(2)*e*) que le consentement du plaignant *peut* être donné à l’avance et demeure valide tant qu’il n’est pas révoqué. Aux termes de cette disposition, le plaignant peut, « après avoir consenti à l’activité », révoquer son consentement. Je conviens avec l’intimé que la révocation est une question de fait. Je répète à ce sujet que la plaignante, après avoir repris conscience, n’a pas révoqué son consentement à l’acte sexuel en question — qui se poursuivait alors. Personne n’a laissé entendre non plus qu’elle avait révoqué son consentement plus tôt, par ses paroles ou ses gestes, ou même dans son for intérieur.
14. Avec égards, je ne trouve aucun fondement factuel ou juridique qui permette de conclure que le consentement donné à l’avance par K.D., valable à tout autre moment, est devenu temporairement inopérant pendant les quelques minutes de son inconscience volontaire. À mon avis, son effet n’a pas été suspendu du fait qu’elle s’était rendue incapable de révoquer le consentement qu’elle avait librement et consciemment choisi de *ne pas révoquer* immédiatement avant ou après son bref moment d’inconscience. L’alinéa 273.1(2)*e*) ne crée aucune obligation légale ni fiction juridique implacable justifiant que le partenaire de la plaignante soit déclaré coupable d’agression sexuelle dans les circonstances.
15. Enfin, la Juge en chef invoque l’al. 273.2*b*), qui exclut la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement dans les cas où l’accusé « n’a pas pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont il avait alors connaissance, pour s’assurer du consentement ». Selon la Juge en chef, « le choix du temps de verbe dans la version anglaise du *Code criminel* (“*was consenting*”) montre que le consentement dont l’accusé doit s’assurer est un état d’esprit de tous les instants » (par. 42).
16. Avec égards, j’interprète différemment l’art. 273.2. Tout doute susceptible de subsister dans la version anglaise de cette disposition quant à savoir si les mots « *consented* » et « *was consenting* » renvoient au consentement donné plus tôt est dissipé par le libellé de la version française : « Ne constitue pas un moyen de défense [. . .] le fait que l’accusé croyait que le plaignant avait consenti à l’activité à l’origine de l’accusation [. . .] [et] n’a pas pris les mesures raisonnables [. . .] pour s’assurer du consentement. »
17. Je m’empresse de préciser que le consentement à « l’activité » donné à l’avance par K.D. n’est valable qu’à l’égard de cette activité précise. Vu l’absence de preuve démontrant que J.A. aurait transgressé le consentement de K.D., rien dans les dispositions susmentionnées du *Code criminel* ne justifie à mon avis de conclure que le consentement de K.D. dans les faits n’était pas valable en droit.

IV

1. Pour les motifs qui précèdent, je suis convaincu qu’aucune disposition du *Code criminel* n’étaye le principal argument du ministère public selon lequel le consentement de K.D. à l’activité en cause était vicié du fait que, pendant sa période d’inconscience délibérée et consensuelle, elle ne pouvait pas consentir à l’activité sexuelle à laquelle elle avait déjà consenti. Faute d’une disposition du *Code* sur laquelle fonder sa thèse, le ministère public invoque les principes de politique générale qui sous-tendent à ses yeux les dispositions mentionnées. Cet argument n’est pas du tout convaincant.
2. Tout d’abord, les questions de politique générale qui ont joué dans l’adoption de ces dispositions n’ont rien en commun avec celles qui nous occupent en l’espèce. Le préambule du projet de loi C-49 (*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, 3e sess., 34e lég., 1991 (sanctionné le 23 juin 1992), L.C. 1992, ch. 38) et les débats parlementaires précédant son adoption démontrent que les dispositions sur le consentement étaient destinées à protéger les femmes contre la violence sexuelle et à préserver et favoriser leur liberté de choisir quand, comment et avec qui elles ont des rapports sexuels.
3. Le thème dominant des débats était que la femme a « le droit de disposer de son corps comme elle l’entend, et notamment le droit de décider si elle souhaite ou non se livrer à une activité sexuelle » et que « [q]uand c’est non, c’est non quelles que soient les circonstances » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VIII, 3e sess., 34e lég., 8 avril 1992, p. 9507, et vol. IX, 15 juin 1992, p. 12045). Des modifications législatives étaient nécessaires pour qu’une femme qui a dit « oui » à une activité sexuelle puisse plus tard dire « non » et être prise au sérieux, d’abord par son partenaire sexuel, puis, à défaut, par la police et les tribunaux.
4. Ces questions de politique générale ne jouent tout simplement pas dans la situation factuelle qui nous est soumise : *il ne s’agit pas d’une femme qui a dit non — à quelque moment que ce soit*. Au contraire, la plaignante s’est décrite comme une participante enthousiaste et partante à chaque étape de l’activité sexuelle. Elle a consenti aux actes sexuels qui ont précédé la perte de conscience et à l’inconscience même. Nous avons déjà souligné que, selon la Cour d’appel, rien dans le dossier ne permet de conclure que la plaignante n’avait pas consenti à l’activité sexuelle qui a eu lieu pendant qu’elle était inconsciente.
5. En outre, nous ne savons pas depuis combien de temps durait la pénétration anale au moment où la plaignante a repris conscience — il se peut qu’elle soit revenue à elle dès le début de l’activité —, mais nous savons pertinemment qu’elle n’a pas demandé à l’accusé d’y mettre fin quand elle a repris conscience et qu’elle savait exactement ce qui se passait.
6. Je ne peux conclure que le législateur, en protégeant le droit de refuserdes contacts sexuels, a restreint le droit des adultes — hommes ou femmes — de consentir volontairement et consciemment à participer en privé à des actes sexuels qui ne causent pas de lésions corporelles et n’outrepassent pas les limites du consentement donné librement. De toute évidence, le droit d’une personne de décider ce qu’elle veut faire de son propre corps englobe ces deux droits.
7. Certes, ce droit de choisir n’est pas absolu. Je suis d’accord pour dire que des actes sexuels consensuels accomplis en privé [traduction] « ne devraient être criminalisés que si un principe impérieux de justice fondamentale constitue une limite raisonnable au droit à l’autonomie personnelle et sexuelle » (D. M. Tanovich, « Criminalizing Sex At The Margins » (2010), 74 C.R. (6th) 86, p. 90). Je conviens également qu’une [traduction] « règle de droit portant que nul ne peut consentir à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant son sommeil ou une période d’inconscience restreindrait considérablement l’autonomie sexuelle de chacun » (H. C. Stewart, *Sexual Offences in Canadian Law* (feuilles mobiles), p. 3-25).
8. Le respect de la vie privée et de l’autonomie sexuelle des adultes consentants représente depuis longtemps aux yeux du législateur une valeur sociale fondamentale et un objectif législatif primordial : [traduction] « L’État n’a pas sa place dans la chambre à coucher des Canadiens » représente plus qu’un slogan politique, c’est une politique législative.
9. L’approche préconisée par la Juge en chef aurait également pour effet de criminaliser un ensemble de comportements que le législateur ne peut pas avoir voulu englober dans sa définition de l’agression sexuelle. Tout particulièrement, embrasser ou caresser un partenaire endormi, même doucement et tendrement, constituerait une infraction criminelle. La preuve que le plaignant dormait au moment des faits, si elle était acceptée, démontrerait de façon concluante l’absence de consentement concomitant et, de ce fait, l’*actus reus*. En pareil cas, un consentement donné plus tôt, voire une demande expresse du genre « embrasse‑moi avant d’aller travailler », ne mettrait pas l’accusé à l’abri d’une déclaration de culpabilité.
10. La *mens rea* serait également établie de façon concluante. Une croyance sincère, mais erronée, au consentement, si raisonnable soit‑elle dans les circonstances, n’empêcherait ni une poursuite, ni une condamnation. Si le raisonnement de ma collègue est juste, la croyance erronée de l’accusé constituerait une erreur de droit, qu’on ne peut invoquer comme moyen de défense.
11. Le ministère public reconnaît que, suivant son interprétation des règles de droit, quiconque manifeste physiquement son affection à son partenaire endormi serait coupable d’agression sexuelle. En réplique à l’argument selon lequel il n’est pas plausible que le législateur ait voulu criminaliser de tels actes, le ministère public invoque seulement deux protections — que l’on pourrait plutôt qualifier de palliatifs — sur lesquelles il ne faudrait pas trop compter : le pouvoir discrétionnaire de poursuivre et le principe *de minimis non curat lex* (la loi ne se soucie pas des petites choses sans importance).
12. En ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire de poursuivre, il suffit de rappeler que la Cour, statuant sur la question délicate du vice de consentement en droit, a démontré par le passé une « saine réticence à approuver l’exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre comme moyen légitime de restreindre l’applicabilité d’une disposition en matière de droit criminel » (*R. c.* *Cuerrier*,[1998] 2 R.C.S. 371, par. 136, le juge Cory). La juge McLachlin (maintenant Juge en chef), d’accord sur ce point, a précisé que « [l]a retenue dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire de poursuivre ne peut pas compenser l’élargissement excessif du droit criminel; elle ne fait que substituer à la portée excessive et à l’incertitude au niveau judiciaire la portée excessive et l’incertitude à la fois au niveau de l’engagement des poursuites et au niveau judiciaire » (par. 53).
13. Quant au principe *de minimis*, je ne conçois pas l’agression sexuelle, de quelque forme que ce soit, comme une chose sans importance. Il s’agit d’un crime grave emportant des conséquences graves tant pour le plaignant que pour l’accusé. Je conviens avec la Juge en chef que « même des attouchements légers non consensuels de nature sexuelle peuvent avoir de lourdes conséquences pour le plaignant » (par. 63). Pour des raisons d’ordre public, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu à l’inopportunité de ce principe en matière de violence familiale (*R. c. Carson* (2004), 185 C.C.C. (3d) 541, par. 25).
14. Enfin, même si l’on acceptait que le par. 273.1(3) « habilite le tribunal à désigner d’autres situations où le consentement ne peut se déduire » (motifs de la Juge en chef, par. 29), créer une *nouvelle* exception en l’espèce irait bien au‑delà de ce que permet l’arrêt *Jobidon*.

V

1. Le ministère public, le juge LaForme de la juridiction inférieure et la Juge en chef invoquent *Ewanchuk* pour conclure que le droit empêche déjà une personne de consentir à l’avance à des contacts sexuels qui auront lieu pendant qu’elle sera inconsciente.
2. Le premier argument invoqué à l’appui de cette thèse porte que, suivant l’arrêt *Ewanchuk*, seul le moment du contact sexuel est pertinent pour déterminer s’il y a consentement. Il repose sur l’observation du juge Major selon lequel l’absence de consentement est « 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 » (*Ewanchuk*, par. 26). Suivant le second argument, personne ne pourrait conclure qu’une personne inconsciente consent, car la défense de consentement tacite ne s’applique pas en matière d’agression sexuelle.
3. Avec égards, je rejette ces deux arguments.
4. Il faut interpréter dans leur contexte les observations faites dans *Ewanchuk*. D’abord et avant tout, la plaignante dans cette affaire n’avait consenti ni avant, ni pendant, ni après les attouchements sexuels. Qui plus est, la capacité de consentir n’y était pas débattue, non plus que la question du moment du consentement. L’exigence de la concomitance signifie simplement qu’une femme qui consent à une activité sexuelle est libre de retirer son consentement en tout temps et, dans le contexte de la présente affaire, qu’une femme ne peut *donner* son consentement pendant qu’elle est inconsciente. L’arrêt *Ewanchuk* n’établit pas du tout qu’une femme ne peut consentir volontairement et consciemment à une activité sexuelle qui aura lieu pendant qu’elle sera inconsciente.
5. Le rejet par la Cour, dans *Ewanchuk*, de la défense de consentement tacite ne nous permet pas non plus de trancher la question dont nous sommes saisis. L’intimé ne nous demande pas d’*inférer* le consentement de la plaignante. Son consentement réel et subjectif *a été démontré par son propre témoignage*. Suivant *Ewanchuk*, s’il ressort du témoignage de la plaignante qu’elle *n*’avait *pas* consenti subjectivement — et si on y ajoute foi — l’*actus reus* sera prouvé, peu importe le comportement extérieur de la plaignante. Ce n’est pas le cas en l’espèce.
6. Nous le verrons, la Cour a précisé que les juges ne devraient conclure à un vice de consentement que dans des circonstances limitées, appréciées au cas par cas. L’invalidation générale du consentement que ma collègue propose peut difficilement être considérée comme une règle découlant de l’arrêt *Ewanchuk*, qui ne portait aucunement, ne serait‑ce que vaguement, sur la faculté d’une personne de consentir à l’avance à des attouchements sexuels qui auront lieu pendant qu’elle se trouvera inconsciente.

VI

1. Dans *Jobidon*, la Cour a précisé que « [l]a volonté en droit d’écarter le consentement pour des raisons de principe est fort limitée » (p. 766 (je souligne)). Comme le juge Gonthier prend la peine de le préciser, la portée de la décision de la Cour dans cette affaire se limitait strictement aux situations où des adultes emploient intentionnellement la force au cours d’une bagarre à coups de poing ou d’une rixe et où des blessures graves ou de sérieuses lésions corporelles ont été à la fois voulues et causées.
2. Depuis *Jobidon*, le consentement n’a été invalidé pour des raisons d’ordre public que dans les cas où de véritables lésions corporelles ont été à la fois voulues *et* causées. Dans *R. c. Paice*, 2005 CSC 22, [2005] 1 R.C.S. 339, les juges majoritaires de la Cour ont insisté sur la présence de ces deux critères. Écarter l’un d’eux, selon la Cour, risque de criminaliser — « par décision judiciaire » — de « nombreuses activités que le législateur n’a jamais voulu assujettir aux dispositions en matière de voies de fait » (par. 12).
3. Les questions de politique générale soulevées par le ministère public ne justifient pas que l’on étende la portée « fort limitée » de la règle énoncée dans *Jobidon* à une situation où aucune lésion corporelle n’a été voulue ni causée. Comme je l’ai expliqué, le dossier dont nous disposons ne nous permet pas de rouvrir la question des lésions corporelles qui a été débattue devant les juridictions inférieures. Nous devons nous en tenir à la question de droit dont nous sommes saisis : L’inconscience suffit-elle *à elle seule* à annuler le consentement?
4. Essentiellement, le ministère public nous invite à répondre par l’affirmative, et ce, pour trois raisons : (1) le risque de transgression intentionnelle du consentement de la personne inconsciente, (2) le risque de malentendus innocents entre les parties sur la teneur du consentement et (3) le risque d’un acquittement injustifié découlant de l’incapacité du ministère public à démontrer que l’accusé n’avait pas obtenu plus tôt le consentement de la personne inconsciente.
5. Je ne suis pas convaincu que reconnaître en l’espèce la validité du consentement donné à l’avance à des activités sexuelles qui ont lieu pendant une période d’inconscience aurait pour effet d’augmenter le risque de transgression intentionnelle du consentement d’une personne inconsciente. Une telle transgression équivaudrait à des contacts sexuels *sans consentement* — c’est‑à‑dire à une agression sexuelle — et, pour cette raison, emporterait à bon droit la responsabilité criminelle.
6. Certes, il se peut que des rapports sexuels avec un participant inconscient créent un risque de malentendus innocents entre les parties quant à la teneur du consentement. Toutefois, ce risque soulève des questions concernant non pas l’*actus reus* de l’infraction (la seule question dont nous sommes saisis), mais la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement. Si la transgression du consentement du plaignant est démontrée, l’*actus reus* sera établi et on passera à l’étape suivante de l’analyse, qui consiste à savoir si l’accusé avait la *mens rea* requise.
7. L’alinéa 273.2*b*) du *Code* restreint la faculté d’un accusé d’invoquer sa croyance sincère, mais erronée, au consentement aux cas où il est démontré qu’il a pris les « mesures raisonnables » dans les circonstances dont il avait alors connaissance, « pour s’assurer du consentement ».
8. La défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement pourra difficilement être établie dans les affaires où un participant était inconscient pendant les relations sexuelles. Étant donné l’impossibilité d’« obtenir » le consentement d’une personne inconsciente, il faudrait que les mesures raisonnables requises aient été prises avant la période d’inconscience. L’analyse du caractère raisonnable pourrait notamment porter sur le laps de temps écoulé entre les mesures prises et la période d’inconscience ainsi que sur le degré de précision de l’accord intervenu entre les parties.
9. Il se peut très bien qu’un consentement donné à l’avance ainsi qu’une idée claire de sa teneur réduisent plus qu’ils ne l’augmentent le risque d’actes sexuels non consensuels. Le partenaire conscient, une fois informé explicitement, risque la poursuite et la condamnation s’il transgresse involontairement le consentement de l’autre. Si la croyance de l’accusé au consentement était sincère, *mais déraisonnable*, il sera déclaré coupable d’agression sexuelle.
10. En accordant une valeur déterminante à son consentement réel et subjectif, les règles de droit favorisent l’autonomie sexuelle de la plaignante. Par ailleurs, en restreignant la possibilité d’invoquer la défense de croyance sincère, mais erronée, au consentement lorsque le plaignant *n*’a *pas* consenti, elles assurent l’infliction de sanctions criminelles à ceux qui exploitent des personnes vulnérables. Pour reprendre les paroles de l’avocat de l’intimé à l’audience : [traduction] « . . . si la loi doit être sévère en pareil cas, elle doit être sévère envers ceux qui ont mal compris, pas envers ceux qui ont bien compris » (transcription, p. 57-58 (je souligne)).
11. Enfin, le ministère public fait valoir que reconnaître la validité en droit du consentement donné à l’avance à un contact sexuel qui aura lieu pendant une période d’inconscience aura pour effet d’établir un moyen de défense difficile à réfuter hors de tout doute raisonnable. Certes, il se peut que le refus d’invalider le consentement donné à l’avance cause des difficultés au ministère public sur le plan de la preuve, mais cet argument n’est pas déterminant, à mon avis.
12. Premièrement, pour obtenir une déclaration de culpabilité pour agression sexuelle, le ministère public doit prouver l’acte sexuel reproché — un élément essentiel de l’infraction. S’il peut le faire (par exemple, grâce à la preuve médico‑légale, à des aveux ou à une confession), il sera forcément en mesure de prouver, à l’aide du témoignage du plaignant, l’absence requise de consentement à l’acte.
13. Deuxièmement, la solution à un problème de *preuve* appréhendé ne réside pas dans l’extension injustifiée du droit *substantiel*. Si le législateur juge nécessaire d’intervenir sur la question de la preuve, il dispose de moyens plus judicieux de le faire. Par exemple, il peut répondre à ces appréhensions en créant une présomption de non‑consentement en faveur de la poursuite lorsqu’il est prouvé que l’accusé a eu des contacts sexuels avec une personne inconsciente.
14. C’est l’avenue qu’a empruntée le Royaume‑Uni. L’article 75 de la *Sexual Offences Act 2003* (R.-U.), 2003, ch. 42, crée une présomption réfutable de non-consentement dans les cas où [traduction] « le plaignant dort ou se trouve inconscient pour tout autre motif » (art. 75(2)d)). La même présomption joue dans d’autres situations énumérées.
15. D’après un commentateur, [traduction] « [l’]imposition d’une présomption en pareilles circonstances n’est pas déraisonnable », car « il est peu probable qu’il y ait consentement et il semble juste d’en présumer l’absence, jusqu’à preuve du contraire ». En revanche, selon lui, « une présomption irréfragable d’absence de consentement » dans le cas d’un plaignant endormi ou inconscient « aurait constitué une mesure draconienne » (voir R. Card, *Sexual Offences : The New Law* (2004), p. 43 et 44; voir également Royaume-Uni, Chambre des communes, Home Affairs Committee, *Sexual Offences Bill : Fifth Report of Session 2002-03*, HC 639 (2003), par. 31).
16. Quoi qu’il en soit, il n’est pas exagérément contraignant d’obliger le ministère public à réfuter hors de tout doute raisonnable l’obtention d’un consentement à l’avance. Dans la plupart des cas, il y parviendra grâce au témoignage du plaignant. Le ministère public invoque à titre d’exemple l’affaire *R. c. Ashlee*, 2006 ABCA 244, 61 Alta. L.R. (4th) 226, qui aurait pu se solder par un acquittement injustifié parce que la plaignante ne pouvait pas témoigner. À mon avis, le ministère public ne saurait être déchargé à la légère du fardeau tactique d’appeler le plaignant à témoigner dans une affaire d’agression sexuelle pour prouver l’absence de consentement (un fait de lui seul connu). En outre, l’affaire *Ashlee* n’étaye pas du tout la thèse du ministère public puisqu’il n’était pas nécessaire dans cette affaire, comme cela serait censément indispensable en l’espèce, d’avoir recours à la doctrine du vice de consentement : l’absence de consentement ressortait nettement des circonstances et l’accusé a été déclaré coupable, même si la plaignante n’a pas témoigné.

VII

1. Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de confirmer le jugement de la Cour d’appel et de rejeter le présent pourvoi devant la Cour.

*Pourvoi accueilli, les juges* Binnie*,* LeBel *et* Fish *sont dissidents.*

*Procureur de l’appelante : Procureur général de l’Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l’intimé : Webber Schroeder Goldstein Abergel, Ottawa.*

*Procureur de l’intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Halifax.*

*Procureur de l’intervenant le Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes : Fonds d’action et d’éducation juridiques pour les femmes, Toronto.*